# Die Rechtsnatur der privativen Schuldübernahme nach § 415 BGB.

---

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Arno Kornder**

Gerichtsreferendar aus Limburg/Lahn.

---

Limburg an der Lahn

Druck der Limburger Vereinsdruckerei G. m. b. H.

1936

# Die Rechtsnatur der privativen Schuldübernahme nach § 415 BGB.

---

**Inaugural-Dissertation**

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

**Arno Kornder**

Gerichtsreferendar aus Limburg/Lahn.

Limburg an der Lahn

Druck der Limburger Vereinsdruckerei G. m. b. H.

1936

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 16. Juni 1936.

Berichterstatter: Prof. Dr. Erich Jung.

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Gustav Boehmer.

# Gliederung.

# Schrifttum:


Adler: „Passivenübergang bei Übernahme eines Handelsgeschäfts“ in Arch. Bürg. R., Bd. 3, 1890, S. 1 ff.

Allgemeines Landrecht f. d. Pr. Staaten, Teil I, Titel 14, § 399 ff., hrsg. mit Komm. v. C. F. Koch, 8. Aufl., 2. Bd., 1866.

Bähr: „Über die sogenannten Verträge zu Gunsten Dritter“, in Iherings J., Bd. 6, 1863, S. 131 ff.
— „Über die Verträge zu Gunsten Dritter und über die Schuldübernahme“ in Arch. Ziv. Prax., Bd. 67, 1884, S. 157 ff.

v. Blume: „Novation, Delegation und Schuldübertragung“, 1895.
— „Zur Schuldübernahmefrage“ in Iherings J., Bd. 40, 1899, S. 109 ff.
— „Zur Lehre von der Schuldübernahme“ (Beiträge zur Auslegung des deutschen BGB.). In Iherings J., Bd. 38, 1898, S. 390 ff.

Boehmer: „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, Greifswalder Diss. 1907.
— „Der Erfüllungswille“, 1910.
— „Erbfolge und Erbenhaftung“, 1927.
— „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben“ in „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, herausg. von Otto Schreiber, 3. Bd., 1929, S. 216 ff.

Brettner: „Die Schuldübernahme beim Grundstückserwerb“ in Gruchots Beitr. 42 (1898), S. 790 ff.

Bruns: „Das heutige Römische Recht“ in v. Holtzendorffs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 1. Teil, 5. Aufl., 1890.

Byk: „Selbstschuldnerische Hypotheken-Übernahme in Anrechnung auf den Kaufpreis“. JW. 49. Jahrg., 1920, S. 133 ff.

Cosack: „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“, 1. Bd., 7. Aufl., 1922.

Crome: „System des Deutschen Bürgerlichen Rechts“, 2. Bd., 1902.

Danz: „Die delegatio nominis u. delegatio debiti eine Forderungs- und Schuldüberweisung“ in Iherings J., 19. Bd., 1881, S. 69 ff.

Delbrück: „Die Übernahme fremder Schulden nach gemeinem und preußischem Rechte“, 1853.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1896.

Dernburg: „Pandekten“, 2. Bd., 7. Aufl., 1903.
— „Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reichs und Preußens, 1. Abt., Allgemeine Lehren, 3. Aufl., 1905.

Detert: „Die Schuldübernahme und ihre Wirkung nach dem BGB., § 414 ff.: a) zwischen Schuldner und Übernehmer, b) zwischen Gläubiger und Übernehmer“. Rostocker Diss. 1908.

Dreyfus: „Die Verfügung im Bürgerlichen Gesetzbuch", 1911.
Durchholz: „Die Anfechtung einer privaten Schuldübernahme aus Mängeln des Grundvertrags". In Gruchots Beitr., 57. Jahrg., 1913, S. 546 ff.
Eck: „Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen: „Gemeines Römisches Recht". In Iherings J., Bd. 35, 1896, S. 284 f. (294 ff.).
Endemann: „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", 1. Bd., 8. Aufl., 1903.
Enneccerus-Lehmann: „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", 2. Bd., 12. Bearb., 1932 und 11. Bearb., 1930.
Enneccerus: „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", 1. Bd., 2. Abt., 6. Bearb., 9.—11. Aufl., 1914.
Enneccerus-Nipperdey: „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts", 1. Bd., 13. Bearb., 1931.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, 1. Lesung, Amtl. Ausg. 1888.
Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Reichstagsvorlage 1896.
Gerber: „Die Schuldübernahme als Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer". Marburger Diss. 1930.
O. v. Gierke: „Schuldnachfolge und Haftung". In Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für v. Martitz 1911, S. 33 ff.
— „Deutsches Privatrecht", 3. Bd., 1917.
Gildemeister: „Zur Schuldübernahme nach § 415 BGB.", Rostocker Diss. 1911.
Grützmann: „Die zweite Lesung des Entwurfs eines Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs". In Sächs. Arch., 2. Bd., 1892, S. 424 ff.
Gürgens: „Die Singularsuccession in die Schuld". In Iherings J., Bd. 8, 1866, S. 221 ff.
Heck: „Grundriß des Schuldrechts", 1929.
Heil: „Die Lehre von der Schuldübernahme unter besonderer Berücksichtigung des Sukzessionsbegriffes", Rostocker Diss. 1903.
Hellmann: „Zur Kritik des § 123 BGB." Im Recht, 13. Jahrg., 1909, Spalte 589 ff.
— „Zu Strohal: Schuldübernahme". In Kr. V. J. Schr., Bd. 49, 1911, S. 488 ff.
Hellwig: „Die Verträge auf Leistung an Dritte", 1899.
Jung: „Bürgerliches Recht". In Stammler: „Das gesamte Deutsche Recht", Bd. 1, 1931, S. 447 ff.
Kipp: „Zur Lehre von der Schuldübernahme". (Besprechung des Urteils des 6. Zivilsenats ds RG. v. 24. Mai 1894 — RG. Bd. 33, Nr. 39). In Iherings J. 36, 1896, S. 336 ff.
Kisch: „Zu Schollmeyer: „Das Recht der Schuldverhältnisse". In Grünhuts Z., 29. Bd., 1902, S. 539 f.
Kluckhohn: „Die Verfügungen zu Gunsten Dritter", 1914.
Knoke: „Die Sondernachfolge und die Schuld bei der befreienden Schuldübernahme". In Iherings J., Bd. 60, 1912, S. 407 ff.
Kreß: „Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts", 1929.
Kuntze: „Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts", 1856.

Lent: „Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht und Zivilprozeß“, 1. Bd., 1912.

Leonhard, F.: „Allgemeines Schuldrecht des BGB.“, 1929.

Lippmann: „Beiträge zur Theorie der Schuldübernahme des Bürgerl. Gesetzbuchs“. In Arch. Ziv. Prax. 107, 1912, S. 1 ff.

Litten: Gutachten. In 31. D. J. T. 2, 1912, 442.

Manigk: „Schuldübernahme“. In Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 5. Bd., 1928, S. 370 ff.

Martinius: „Zu § 314—319 des Entwurfs (Schuldübernahme)“. In Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1890, S. 603 ff.

Matthiaß: „Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts“, 5. Auf., 1910.

Menzel: „Zur Lehre von der Schuldübernahme“. In Grünhuts Z., 11. Bd., 1884, S. 581 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Bd. 2, 1888.

Münster: „Über die Singularsuccession in Schulden“. Göttinger Diss. 1893.

Oberneck: Gutachten. In 31. D. J. T. 2, 1912, 395 ff.

Oertmann: „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, 2. Buch, 1. Abt., 5. Aufl., 1928.

Plagemann: „Die privatrechtliche Verfügung unter Lebenden im Bürgerlichen Gesetzbuch“. Leipzigiger Diss. 1907.

Planck-Siber: „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch“, 2. Bd., 1. Hälfte, 4. Aufl., 1914.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. und 2. Bd., 1898.

Reatz: „Die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich unter Gegenüberstellung der ersten Lesung“, 1. Bd., 1894.

Regelsberger: In Endemanns Handbuch für Handelsrecht, Bd. 2, 1882, S. 532 ff.

— „Über die Verträge zugunsten Dritter und über die Schuldübernahme“. In Arch. Ziv. Prax., 67. Bd., 1884, S. 1 ff.

— „Die Schuldübernahme und die §§ 414—416 des BGB.“ In Iherings J., 39. Bd., 1898, S. 463 ff.

Romeick: „Zur Technik des Bürgerlichen Gesetzbuchs“, Heft 3, Rechtsnachfolge, 1904.

Seuffert, L.: „Die allgemeinen Grundsätze des Obligationenrechts in dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich“. In Beitr. zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausg. von Bekker u. Fischer, 11. Heft, 1898, S. 37 ff.

Siber: „Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts“, 2. Bd., Schuldrecht, 1931.

Simon: „Über die Haftung des Erwerbers eines Einzelgeschäfts für die vor Erwerb desselben entstandenen Handlungsschulden.“ In Z. H. R., 24. Bd., 1879, S. 91 ff.

Sohm: „Der Gegenstand". In „Drei Beiträge zum Bürgerlichen Recht, Heinrich Degenkolb zum 50jährigen Doktorjubiläum im Auftrag der Leipziger Juristenfakultät dargebracht", 1905.

— „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung". In Arch. Bürg. R., 28. Bd., 1906, S. 173 ff.

Stammler: „Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren", 1897.

Staudinger-Werner: „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch", 2. Bd., 1. Teil, 9. Aufl., 1930.

Stobbe-Lehmann: „Handbuch des Deutschen Privatrechts", 3. Bd., 3. Aufl., 1898.

Strohal: „Zur Beurteilung des Rechtes der Schuldverhältnisse nach der zweiten Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich". In Iherings J., Bd. 33, 1894, S. 261 ff.

— „Schuldübernahme". In Iherings J., Bd. 57, 1910, S. 231 ff.

— „Schuldpflicht und Haftung". In Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Binding, 1913.

Titze: „Bürgerliches Recht der Schuldverhältnisse", 4. Aufl., 1932. In Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.

Tränkner: „Die Schuldübernahme nach dem Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch". In Sächs. Arch., 7. Bd., 1897, S. 593 ff.

v. Tuhr: Zu Hellwig: „Die Verträge auf Leistung an Dritte". In Kr. V. J. Schr., Bd. 43, Jahrg. 1902, S. 542 ff.

— „Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts", 1. Bd., 1910, und 2. Bd., 1. Hälfte, 1914.

Unger: „Schuldübernahme", 1889.

Warneyer: „Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich", 1. Bd., 2. Aufl., 1930.

Windscheid-Kipp: „Lehrbuch des Pandektenrechts", 2. Bd., 8. Aufl., 1900.

Wolff: „Der persönliche Schuldner der Hypothek bei Hypotheken-Übernahme". In JW., 54. Jahrg., 1925, 2. Halbjahresband, S. 2537 ff.

Ferner Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen:

Bd. 58, S. 384 ff.; Bd. 63, S. 42 ff.; Bd. 70, S. 411 ff.; Bd. 75, S. 338 ff.; Bd. 121, S. 118 ff.; Bd. 121, S. 315 ff.; Bd. 134, S. 185 ff.; sowie Entscheidungen des Reichsgerichts in:

JW. 40. Jahrg., 1911, S. 644; 3. 10, 41. Jahrg., 1912, S. 684; Recht 22, Jahrg. 1918, Nr. 982 (Beilage „Deutschlands höchstrichterliche Rechtsprechung").

# Verzeichnis der Abkürzungen.

(Entsprechend den Vorschlägen des Deutschen Juristentags.)

Abs. = Absatz.

Arch. Bürg. R. = Archiv für Bürgerliches Recht.

Arch. Ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.

Art. = Artikel.

Aufl. = Auflage.

Bd. = Band.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.

Diss. = Dissertation.

31. D. J. T. 2, 1912, 395 = Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentags (1912), 2. Band, Seite 395.

E. = Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Gruchots Beitr. = Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.

Grünhuts Z. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart. Herausgegeben von Grünhut.

Jahrg. = Jahrgang.

Iherings J. = Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts.

JW. = Juristische Wochenschrift.

Komm. = Kommentar.

Kr. V. J. Schr. = Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Mot. = Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich.

Prot. = Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Recht = Das Recht. Rundschau für den Deutschen Juristenstand.

RG. = Reichsgericht und dessen Entscheidungen in Zivilsachen.

S. = Seite.

Sächs. Arch. = Sächsisches Archiv für deutsches Bürgerliches Recht.

Z. HR. = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Begründet von Goldschmidt.

# Einleitung.

Seit Delbrück in der Mitte des vorigen Jahrhunderts die Lehre von der Schuldübernahme angeregt hat, ist diese ein vielumstrittenes Gebiet innerhalb der gesamten Rechtswissenschaft gewesen. Insbesondere die durch Vereinbarung des Urschuldners mit dem Übernehmer in die Wege geleitete, befreiende Schuldübernahme, von der Delbrück allein ausging, war es, die Anlaß zu wissenschaftlicher Auseinandersetzung bot, während der später erst in Erscheinung getretene, zwischen Gläubiger und Übernehmer ohne Mitwirkung des Altschuldners geschlossene Übernahmevertrag sehr viel weniger Schwierigkeiten bereitete. Schon Delbrück selbst[1] kannte zwölf verschiedene Auffassungen über den „Schuldnervertrag", mit denen er sich auseinanderzusetzen hatte. Andere kamen während der Dauer des gemeinen Rechts noch hinzu. Eine große Anzahl von ihnen mußte allerdings im Laufe der Zeit als unhaltbar aufgegeben werden, so z. B. Delbrücks eigene Ansicht, nach welcher Forderung und Schuld als selbständige Substanzen aus der Obligation ausgeschieden werden und sodann wie jeder andere Vermögenswert am Rechtsverkehr teilnehmen können. Immerhin waren es z. Zt. des Inkrafttretens des BGB. noch eine ganze Anzahl von Theorien, die ihre gesetzliche Anerkennung erstrebten.

Da die in dieser Abhandlung aufgeworfene Frage lediglich nach der Rechtsnatur der im § 415 BGB. gesetzlich geregelten Schuldübernahme geht, kann es nicht unsere Aufgabe sein, die gesamte Entwicklung der Lehre von der Schuldübernahme mit allen bisherigen gesetzlichen Niederschlägen und vertretenen Theorien im einzelnen aufzuzeigen. Zudem ist die geschichtliche Seite schon vielfach in ausführlicher Weise behandelt worden — ich darf hier verweisen auf die Dissertationen von Detert, Heil und Münster —, so daß sich ein Eingehen hierauf schon aus diesem Grunde erübrigt, wie sich überhaupt die vorliegende Abhandlung bemüht, die in der Literatur schon vielfach behandelten Fragen kurz zusammenzufassen, die neueren Gesichtspunkte dagegen mehr hervortreten zu lassen.

Das BGB. hat es entgegen der Absicht seiner Verfasser mit der

[1] a. a. O., S. 1.

in § 414 ff. getroffenen Regelung nicht vermocht, dem Streit der Meinungen ein Ende zu bereiten. Einige Theorien wurden zwar wiederum aufgegeben, beispielsweise die Kollektivoffertentheorie, die ihr Begründer Kipp noch selbst fallen ließ. Aber andererseits kamen auch wieder neue hinzu. Heute sind es in der Hauptsache noch folgende Theorien, die Geltung für die Regelung des BGB. beanspruchen: Zunächst die von Gürgens begründete, von Regelsberger und anderen aufgenommene und allmählich zur herrschenden gewordene Verfügungstheorie in ihren verschiedenen Variationen, je nachdem ob man den Alt- oder Neuschuldner oder beide für die Verfügenden hält, bzw. je nachdem, ob man der Schuldübernahme lediglich Verfügungscharakter beimißt oder daneben noch einen Verpflichtungsvertrag als vorhanden annimmt; sodann die wohl von Menzel begründete, von Seuffert verteidigte und in der Hauptsache von v. Blume, Boehmer und Hellwig vertretene Angebots- oder Vertragstheorie; ferner Strohals Vertretungstheorie, Sohms Novationstheorie und Leonhards Doppelgeschäftstheorie. Unter ihnen stehen die beiden erstgenannten durchaus im Vordergrund. Eine Zeit lang schien sogar die Verfügungstheorie allein das Feld behaupten zu wollen. Denn nachdem sich noch z. Zt. des Inkrafttretens des BGB. und auch noch einige Zeit nachher namhafte Schriftsteller für die Angebotstheorie eingesetzt hatten, fand sich späterhin lange Zeit niemand mehr, der sie vertrat. Erst in neuerer Zeit wird sie wieder lebhaft und mit guten Gründen vertreten, und zwar von Heck und Jung. Auch das RG. ist, obwohl es ausdrücklich die Verfügungstheorie zu Grunde legt, neuerdings dem Zwange wirtschaftlicher Notwendigkeiten folgend zu Ergebnissen gelangt, die eigentlich nur von der Angebotstheorie erklärt werden können. Nicht uninteressant ist ferner, daß ein so namhaftes Lehrbuch wie das von Enneccerus-Lehmann, zwar nicht ausdrücklich, aber doch deutlich genug, in einer kleinen Textänderung zu erkennen gibt, daß die Verfügungstheorie, die es auch jetzt noch mit Nachdruck verteidigt, vielleicht doch nicht mehr ganz so sicher dasteht, wie es eine Zeitlang den Anschein hatte. Denn in der neuesten Auflage [2] liest man: „Die Angriffe gegen den Verfügungscharakter der Schuldübernahme sind kaum berechtigt“, während es noch in der vorletzten Auflage an derselben Stelle [3] „. . . sind ganz unberechtigt“ hieß. Alles dies läßt es mir angebracht erscheinen, trotz der zahlreich vorhandenen Literatur — allerdings meist älteren Datums — noch einmal die Rechtsnatur des in § 415 BGB. geregelten Schuldübernahmevertrags

[2] Enneccerу-Lehmann, 12. Bearb., 1932, S. 307, Anm. 16.
[3] 11. Bearb., 1930.

zu untersuchen. Es wird sich dabei zwangsläufig Gelegenheit ergeben, auch die Regelung des § 414 einer Betrachtung zu unterziehen. Ich halte es für zweckmäßig, methodisch so vorzugehen, daß zunächst das Wesen der in § 415 BGB. geregelten Schuldübernahme nur unter dem Gesichtspunkt der beiden großen Haupttheorien, nämlich der Angebots- und der Verfügungstheorie, untersucht werden soll, und zwar deswegen, weil ich einerseits die Angebotstheorie als theoretisch und praktisch allein haltbar ansehe und sie daher im Vordergrund der Betrachtung stehen soll, die Verfügungstheorie aber andererseits als herrschende Meinung und zugleich schärfster Gegensatz zu der Angebotstheorie einer gründlichen Widerlegung bedarf. Die übrigen, heute noch vertretenen Theorien sollen im Anschluß daran behandelt werden. Es wird dies, weil dann fast alle in Betracht kommenden Fragen im Zusammenhang mit der Erörterung der Angebots- und Verfügungstheorie bereits berührt sind, in verhältnismäßig kurzer Form geschehen können.

# Verfügungs- oder Angebotstheorie?

Die Verfügungstheorie faßt den in § 415 geregelten Vorgang folgendermaßen auf: Im Gegensatz zu § 414 nehmen Alt- und Neuschuldner selbst die Schuldübernahme mit Wirkung unter sich vor und greifen damit in die Rechtssphäre des Gläubigers ein. Ihr Vertrag enthält mit anderen Worten eine Verfügung über fremdes Recht und bedarf daher zu seiner Wirksamkeit dem Berechtigten gegenüber dessen Zustimmung in Form der Genehmigung. Letztere kann jedoch wirksam erst erfolgen, nachdem eine der Vertragsparteien dem Gläubiger die vollzogene Schuldübernahme mitgeteilt hat.

Die Angebotstheorie steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß es nur eine einzige Art des Schuldeintritts gibt, nämlich durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer. Sie sieht daher in einer Vereinbarung zwischen Alt- und Neuschuldner gemäß § 415 lediglich eine obligatorisch wirkende Vorbereitung hierzu, während Mitteilung und Genehmigung nach ihr in Wirklichkeit den Antrag zur Schuldübernahme und seine Annahme darstellen. Zur Stellung dieses Antrags gilt der Urschuldner als vom Übernehmer stillschweigend ermächtigt.

## I. Die gesetzliche Regelung.

### § 1.

### Der Wortlaut des § 415 BGB.

Der Wortlaut des § 415 scheint zunächst durchaus für die Verfügungstheorie zu sprechen. Denn nach ihm hängt die Wirksamkeit einer Schuldübernahme, die „von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart“ wird, von der „Genehmigung“ des Gläubigers ab. Diese Genehmigung kann jedoch erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme „mitgeteilt“ hat. Wird sie verweigert, so „gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt“. Auf den ersten Blick muß es also in der Tat so erscheinen, als ob sich das Gesetz eindeutig im Sinne der Verfügungstheorie ausgesprochen habe. Die Mehrzahl der Schriftsteller ver-

tritt daher auch die Ansicht, daß sich mit diesem Wortlaut jedenfalls lediglich die Verfügungstheorie vereinbaren lasse. Die Anhänger der Angebotstheorie helfen sich infolgedessen in der Weise, daß sie entweder § 415 schlechthin für unanwendbar erklären und die allgemeinen Vorschriften über Verträge in Verbindung mit § 414 zur Ausfüllung der vermeintlichen Lücke heranziehen, oder aber indem sie zum Ausdruck bringen, daß man, da der Wortlaut eines Gesetzes nicht maßgebend sei, bei Anwendung des § 415 über diese verfehlte Konstruktion hinauskommen müsse. Ich möchte dagegen Hellwig [4] recht geben, der — allerdings ohne nähere Begründung — die Angebotstheorie auch mit diesem Wortlaut für vereinbar hält. Bei näherer Betrachtung zeigt sich überdies, daß auch für die Verfügungstheorie gerade wegen des Wortlauts erhebliche Schwierigkeiten zu überwinden sind, um sie mit dem Gesetz in Einklang zu bringen. Das bedeutet aber, daß ein wichtiges Argument dieser Lehre entfällt und andere Gesichtspunkte zu entscheiden haben.

Zunächst ist festzustellen, daß die Anordnung der Bestimmungen im Gesetz durchaus nicht der Vorstellungsweise der Verfügungstheorie entspricht. Denn nach ihrer Auffassung liegt der Schwerpunkt der Schuldübernahme in dem sogenannten „Schuldnervertrag“ zwischen Alt- und Neuschuldner. Er bildet den Normalfall und von ihm ist auszugehen. Es hätte also logischerweise an der Spitze der gesetzlichen Regelung der Satz stehen müssen: „Eine Schuld kann durch einen Vertrag zwischen dem Schuldner und einem Dritten . . . übernommen werden.“ Statt dessen stellt das Gesetz den nach der Verfügungstheorie untergeordneten, nebensächlichen Fall der Übernahme mittels eines Vertrages zwischen Gläubiger und Übernehmer voran und scheint damit anzudeuten, daß es hierin die Grundlage des ganzen Institutes erblickt.

Ferner muß es auffallen, daß diese von der Verfügungstheorie behauptete Unterscheidung zweier Arten von Schuldübernahmen im Wortlaut des Gesetzes nicht oder zum mindesten nicht klar und deutlich zum Ausdruck gekommen ist. Denn wenn man der Ansicht ist, eine Schuldübernahme könne erstens durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger und zweitens durch einen solchen zwischen Übernehmer und Altschuldner herbeigeführt werden, so wird man, um dies auszudrücken, zunächst einmal die erste Art darlegen und dann ungefähr so formulieren: „Die Schuldübernahme kann auch durch einen Vertrag des Schuldners mit dem Dritten erfolgen.“ Nicht aber wird man, wie das Gesetz es tut, nachdem es in § 414 davon gesprochen hat, daß eine Schuld von einem Dritten

[4] Seite 162.

durch Vertrag mit dem Gläubiger übernommen werden kann, weiter fortfahren: „Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab.“ Denn dadurch entsteht doch zu leicht der Eindruck, daß die eben besprochene und nicht eine zweite völlig verschiedene Art der Schuldübernahme gemeint ist. Äußerst wichtig erscheint es mir daher festzustellen, daß hinsichtlich dieser Wortfassung ein bedeutsamer Unterschied zwischen dem ersten Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs einerseits und dem zweiten Entwurf bzw. dem auf ihm beruhenden Wortlaut des Gesetzes andererseits besteht. Der erste Entwurf hatte sich nämlich korrekt — im Sinne der Verfügungstheorie — ausgedrückt, indem er in § 315 folgendermaßen formulierte: „Die Schuldübernahme kann auch durch einen Vertrag erfolgen, welcher zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer geschlossen wird.“ Hier kommt allerdings unzweifelhaft zum Ausdruck, daß eine zweite Art der Schuldübernahme vorliegt. Der Wortlaut des zweiten Entwurfes und des Gesetzes hat es demgegenüber durch die Inversion dieses Satzes, das Weglassen des Wörtchens „auch“ und die Ersetzung des Ausdrucks „Vertrag geschlossen“ durch „vereinbart“ erheblich erschwert, an zwei verschiedene Arten von Schuldübernahmen zu glauben. Es tritt schon hier zutage, wie sich auch bei anderer Gelegenheit noch zeigen wird, daß die Verfasser des Gesetzbuchs, die — daran kann kein Zweifel sein — die Verfügungstheorie zum Ausdruck bringen w o l l t e n, gewissermaßen im Unterbewußtsein das Richtige gefühlt und so die Fassung des Gesetzes, wenn auch unbewußt, im Sinne der Angebotstheorie und gegen ihre eigene Theorie beeinflußt haben.

Hätte ein Anhänger der Angebotstheorie den Gesetzeswortlaut zu fassen gehabt, er würde sich nicht viel anders ausgedrückt haben. Auch er hätte, und zwar mit größerer Berechtigung, an die Spitze der gesamten Regelung den Satz gestellt: „Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger . . . übernommen werden.“ Und er wäre dann, um der Tatsache, daß dieser Übernahme vorher meist Besprechungen zwischen Altschuldner und Übernehmer vorangehen, gerecht zu werden, etwa so fortgefahren: „Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner verabredet . . .“ Er hätte sogar, vielleicht noch besser, um die V e r b i n d l i c h k e i t dieser Vorbesprechungen mehr zu betonen, ebenfalls „vereinbart“ statt „verabredet“ gesagt, und der Sinn der Bestimmung wäre dennoch derselbe geblieben. Denn „vereinbaren“ ist ein neutraler Ausdruck, der sowohl gegenwärtige Verpflichtung als auch Verabredung von etwas Zukünftigem umfassen kann.

„Vereinbart“ kann auch etwas werden, was noch in der Zukunft liegt. Nur in diesem Sinne darf m. E. der Ausdruck „vereinbart“ in § 415 aufgefaßt werden. Alt- und Neuschuldner treffen eine Vereinbarung über die Schuldübernahme, ihre Beredung ist aber keineswegs eine solche. „Das Verhältnis ist kein anderes, als wenn B und C vereinbaren, daß C eine Sache des A zu einem bestimmten Preise für Rechnung des B kaufen solle. Auch in einem solchen Falle wird der Erwerb einer fremden Sache geplant, aber nicht durch einen unberechtigten Eingriff, sondern durch ein ganz normales und legales Geschäft[5].“ Ich möchte dieses von Heck angeführte Beispiel noch etwas näher erläutern: B und C beabsichtigen also, eine Sache, etwa ein Haus, des A für Rechnung des B zu kaufen. Weil sie aber wissen, daß dies selbstverständlich nicht ohne Einverständnis des A geschehen kann, so ist der Inhalt ihrer Beredung darüber zunächst nur die Verabredung oder der Plan, einen dementsprechenden Antrag an den A zu stellen. Dem C, der die Verhandlungen mit A führen soll, kann nun sehr daran gelegen sein, eine bindende Zusicherung des B zu erhalten, auf Grund deren letzterer sich verpflichtet, für den Fall, daß C das Einverständnis des A erlangt, dem abzuschließenden Kaufvertrag nicht in letzter Minute noch Schwierigkeiten zu bereiten, vielmehr durch Abgabe einer dementsprechenden Willenserklärung zu seinem Abschluß zu verhelfen. Treffen sie eine Verabredung dieser Art und erzählen sie dann einem Unbeteiligten davon, so dürfte es sprachlich nicht unrichtig sein, wenn sie sagen: „Wir haben vereinbart, für B ein Haus des A zu kaufen“ oder kürzer: „Wir haben den Ankauf eines dem A gehörigen Hauses vereinbart.“ Ebenso gut läßt sich sagen: „Altschuldner und Uebernehmer haben eine Schuldübernahme vereinbart“, um damit auszudrücken, daß sie eine solche herbeiführen wollen, indem sie in bindender Form verabredet haben, einen dementsprechenden Antrag an den Gläubiger zu stellen. Selbst bei Anhängern der Verfügungstheorie trifft man zuweilen auf ähnliche Gedankengänge. So spricht z. B. sogar Regelsberger[6]) von dem „beabsichtigten Erfolg“, weil durch den „Schuldnervertrag“ der Schuldnerwechsel noch nicht bewirkt werde und auch Siber[7] bezeichnet die zwischen Urschuldner und Übernehmer vereinbarte Schuldübernahme als „Abrede des Schuldnerwechsels“. So gesehen, scheint mir die Änderung des Wortlauts gegenüber dem ersten Entwurf, der von einer Schuldübernahme durch einen Vertrag, „welcher zwischen dem bisherigen Schuldner und dem

[5] Heck, S. 224.
[6] Endemanns Handb., S. 535.
[7] Seite 149.

Schuldübernehmer geschlossen wird", sprach und die Ersetzung der ursprünglichen Fassung durch den neutralen Ausdruck des Vereinbarens nicht ohne Bedeutung zu sein. Möglicherweise ist sogar diese Änderung, die übrigens in den Materialien nicht näher begründet wird, mit Absicht geschehen angesichts der Mahnungen, welche von verschiedenen Seiten erhoben wurden, sich nicht auf eine bestimmte Konstruktion festzulegen. Man wählte vielleicht absichtlich diese neutralere Ausdrucksweise, um der wissenschaftlichen Erörterung nicht völlig die Tür zu verschließen. Dieser Eindruck wird verstärkt, wenn man die genaueren Umstände, unter denen die endgültige Fassung des Gesetzes zustandekam, etwas näher untersucht: Im ersten Entwurf hatte, wie oben erwähnt, der den Schuldübernahmevertrag zwischen Alt- und Neuschuldner behandelnde § 315 gelautet: „Die Schuldübernahme kann auch durch einen Vertrag erfolgen, welcher zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer geschlossen wird. Ein solcher Vertrag wird für und gegen den Gläubiger erst mit dessen Genehmigung wirksam . . ." Hierzu lagen der zweiten Kommission drei Hauptabänderungsvorschläge mit einigen Untervorschlägen vor [8]. Der erste Hauptvorschlag lautete: „Die Schuldübernahme kann durch Vertrag des Dritten mit dem Schuldner erfolgen. Die Wirksamkeit des Vertrages ist davon abhängig, daß der Gläubiger auf eine von dem Schuldner oder dem Dritten an ihn ergangene Mitteilung der Schuldübernahme zustimmt . . ." Der zweite Hauptvorschlag dagegen wollte folgendermaßen formulieren: „Die Schuldübernahme kann auch dadurch erfolgen, daß sie zwischen dem bisherigen Schuldner und dem Schuldübernehmer v e r e i n b a r t und dieser von dem Gläubiger auf die ihm von dem einen oder dem anderen Teile gemachte Mitteilung als Schuldner angenommen wird. Solange der Gläubiger den Schuldübernehmer nicht als Schuldner angenommen hat, haftet der Schuldübernehmer dem bisherigen Schuldner dafür, daß der Gläubiger diesen nicht in Anspruch nimmt." Der dritte Hauptvorschlag sowie die Untervorschläge interessieren in diesem Zusammenhange nicht. Der erste Hauptvorschlag nebst Untervorschlägen wurde angenommen, der zweite wurde ausdrücklich und mit umfangreicher Begründung abgelehnt. Dieser zweite Hauptvorschlag ging nach den Protokollen [9] von der Anschauung aus, „daß die Parteien mit dem Schuldübernahmevertrag keineswegs in den Vermögensbereich des Gläubigers eingreifen wollen, sondern sich innerhalb ihrer eigenen Rechtssphäre halten; ihre Absicht sei lediglich darauf gerichtet, die passive Seite der Schuldübernahme herzu-

[8] Vgl. Prot. Bd. 1, S. 405/6.
[9] Bd. 1, S. 407.

stellen, den Übernehmer zu binden für den Fall, daß der Gläubiger mit der Schuldübernahme sich einverstanden erklärt. Der Übernehmer legt seine Übernahmeerklärung, an die er dem bisherigen Schuldner gegenüber gebunden ist, in die Hand des letzteren, so daß dieser sie dem Gläubiger darbieten kann, was dadurch geschieht, daß er dem Gläubiger von der Schuldübernahme Mitteilung macht. In gleicher Weise kann aber der Übernehmer seine Übernahmeerklärung auch selbst dem Gläubiger darbieten. Nimmt der Gläubiger die ihm dargebotene Übernahmeerklärung an, so kommt der in § 314 behandelte Übernahmevertrag zustande". Weiterhin wurde zur Begründung dieses Antrags u. a. ausgeführt: „Die Schuldübernahme werde durch den zwischen dem Schuldner und Übernehmer geschlossenen Vertrag in solcher Weise v o r b e r e i t e t, daß es nur noch der einwilligenden Erklärung des Gläubigers bedürfe, um den Übernehmer zum neuen . . . Schuldner zu machen." Bezüglich der oben wiedergegebenen Wortfassung, in welche diese Ansicht eingekleidet war, wurde ausdrücklich hervorgehoben, daß die Fassung des Antrags die zu Grunde liegende Konstruktion nur andeute. „Es sei absichtlich vermieden, über die Andeutung hinauszugehen, weil es nicht Aufgabe des Gesetzes sei, eine Konstruktion in ihren Einzelheiten darzulegen." Gerade aus diesem letzteren Grunde wurde auch von anderer Seite dieser Hauptvorschlag 2 befürwortet; denn „es sei Sache der Theorie, sich aus den gesetzlichen Bestimmungen die Natur des Rechtsverhältnisses zurechtzulegen". Trotzdem wurde von der Mehrheit der Hauptvorschlag 2 abgelehnt und der Hauptvorschlag 1 angenommen. Zweierlei ist im Zusammenhang hiermit von Interesse: Einmal die Tatsache, daß von seiten der Verfechter des Antrages 2 die Fassung „Schuldübernahme . . . vereinbart" ebenfalls als eine die bloß obligatorisch-vorbereitende Natur des Vertrags zwischen Alt- und Neuschuldner wiedergebende Ausdrucksweise empfunden wurde, die aber andererseits infolge des neutralen Charakters des Wortes „vereinbaren" einer abweichenden Auffassung nicht entgegensteht. Vor allem aber ist es zweitens geradezu auffällig, daß genau die gleiche Ausdrucksweise an Stelle des in dem angenommenen Antrag 1 enthaltenen Satzes: „Die Schuldübernahme kann auch durch Vertrag des Dritten mit dem Schuldner erfolgen" in der endgültigen Fassung des Gesetzes angewandt worden ist, obwohl der Hauptvorschlag 2 ausdrücklich abgelehnt wurde und man sich offiziell für die Verfügungstheorie entschied. Es läßt sich das nicht anders erklären, als daß man entweder unbewußt das Richtige zum Ausdruck brachte oder aber absichtlich diese Änderung eintreten ließ, um sich nicht so eindeutig auf die Verfügungstheorie festzulegen,

daß jegliche weitere wissenschaftliche Erörterung dadurch abgeschnitten würde.

Auch der Ausdruck „Genehmigung“ wird von den Anhängern der Verfügungstheorie häufig als Argument für ihre Meinung herangezogen. Aber auch hier ist zu sagen, daß er sich genau so gut mit der Angebotstheorie in Einklang bringen läßt. Mit Recht weist Heck[10] darauf hin, daß gerade in der Geschäftssprache „Genehmigung“ sehr oft im Sinne von „Zustimmung“, „Annahme“ gebraucht wird. „Der Kaufmann, der einem Geschäftsfreund den Abschluß eines Vertrages vorschlägt, schließt mit der Hoffnung auf G e n e h m i g u n g des Vorschlags.“ Heck erklärt sich den häufigen Gebrauch des Wortes „Genehmigung“ in diesem Sinne daraus, „daß das Vertragsprogramm schon feststeht und von dem Gläubiger eben nichts als seine Zustimmung erwartet wird“. Man könnte dagegen einwenden, es komme hier lediglich auf den Sprachgebrauch des BGB. an, nach dem auf jeden Fall nur die Zustimmung zu etwas bereits Geschehenem gemeint sein könne. Daß sich aber die Genehmigung des § 415 sehr von den sonst im BGB. mit diesem Ausdruck bezeichneten Willenserklärungen unterscheidet, wird sich später, wenn der I n h a l t der vorliegenden Bestimmungen zu untersuchen ist, ergeben. Hier, wo es uns lediglich auf den W o r t l a u t ankommt, wollen wir uns damit begnügen, festzustellen, daß rein sprachlich „genehmigen“ auch soviel wie „annehmen“ heißen kann.

Der Ausdruck „Mitteilung“ dagegen ist dem reinen Wortlaut nach allerdings lediglich mit der Verfügungstheorie zu vereinbaren. Aber auch hier wird sich zeigen, daß der S i n n dieses Ausdrucks ein anderer sein muß, daß in Wirklichkeit nicht nur „mitgeteilt“ wird, sondern zugleich in dieser „Mitteilung“ ein Antrag enthalten ist, und daß gegenüber weit schwerwiegenderen Argumenten der bloße Wortlaut zurücktreten muß.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Behauptung des Gesetzes: Bei Verweigerung der Genehmigung „gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt“ (Absatz 2, Satz 1). Hier besteht allerdings der Unterschied, daß das Gesetz für diesen Fall seine eigene Ausdrucksweise widerlegt, indem es in Absatz 3 das Gegenteil bestimmt. Insofern wird es hier besonders leicht fallen, aus dem wahren Sinne des Gesetzes heraus den Wortlaut zu überwinden.

---

[10] Seite 223.

## § 2.

### Die „Konstruktion des Gesetzgebers".

Ein weiteres wichtiges Argument in der Hand der Gegner ist die Behauptung, der Gesetzgeber habe der Regelung der Schuldübernahme die Verfügungstheorie ausdrücklich zu Grunde gelegt, eine abweichende Auffassung sei daher nicht zulässig. Daß der Gesetzgeber die Verfügungstheorie hat zum Ausdruck bringen wollen, daran kann allerdings wohl kaum ein Zweifel sein. Allerdings ist auch hier zuweilen eine kleine Unsicherheit in der Auffassung festzustellen, so z. B. wenn in den Motiven[11] „der in § 314, 315 geregelte Vertrag" in einem Atemzug, also doch scheinbar als in beiden Fällen derselbe genannt wird, anstatt die angeblichen beiden Arten der Schuldübernahme zu unterscheiden. Aber andererseits sprechen sich die Motive sowohl wie auch die Protokolle so deutlich für die Verfügungstheorie aus und lehnen die Angebotstheorie so ausdrücklich ab, daß der „Wille des Gesetzgebers" in diesem Falle völlig klar zu ersehen ist. Ob aber damit zugleich die Absicht verbunden war, jede weitere Erörterung abzuschneiden, muß, wie wir oben gesehen haben, zum mindesten als fraglich erscheinen. Aber selbst wenn es so wäre, könnte es nicht hindern, die Verfügungstheorie trotzdem als unrichtig abzulehnen und die Angebotstheorie mit dem Wortlaut des § 415, so wie er tatsächlich gefaßt worden ist, als in Einklang befindlich zu halten. Denn abgesehen davon, daß es nicht Aufgabe des Gesetzgebers ist, Konstruktionen festzulegen, daß man also, tut er es trotzdem, darüber hinauskommen muß, wenn sie falsch sind, ist die Wortfassung entgegen der Absicht des Gesetzgebers, die Verfügungstheorie zum Ausdruck zu bringen, tatsächlich so ausgefallen, daß diese Absicht nicht als gelungen bezeichnet werden kann.

## § 3.

### Der Inhalt der gesetzlichen Regelung und das Verhältnis der einzelnen Rechtssätze zueinander.

Der Wortlaut des ersten Entwurfes hat, wie wir oben sahen, in der engültigen Fassung des Gesetzes eine so entscheidende Aenderung erfahren, daß man es als merkwürdig empfinden müßte, wenn dadurch die Verfügungstheorie hätte ausgedrückt werden sollen. Wenn wir nun darangehen, den Inhalt der gesetzlichen Regelung näher zu untersuchen und die einzelnen Rechtssätze in

[11] Seite 143.

ihrem Verhältnis zueinander zu betrachten, so wird sich dieser Eindruck bestätigen, zu mindesten aber wird sich zeigen, daß die angeblich zu Grunde gelegte „Konstruktion des Gesetzgebers" sehr unklar und widerspruchsvoll zum Ausdruck gekommen ist. Die fraglichen Gesichtspunkte wurden zum Teil schon oben angedeutet. In erster Linie handelt es sich um das Erfordernis der „Genehmigung" seitens des Gläubigers. Es wurde bereits dargelegt, daß das Wort „Genehmigung" der Auslegung des § 415 nach der Angebotstheorie nicht im Wege steht. Nach dem Inhalt der gesetzlichen Regelung kann sogar eine „Genehmigung", wie sie die Verfügungstheorie aufgefaßt wissen will, nicht vorliegen. Vor allem war es v. Blume[12], der auf den Widerspruch hingewiesen hat, welcher in dieser Beziehung zwischen den einzelnen Rechtssätzen des BGB. besteht. Denn wenn tatsächlich eine Genehmigung vorliegen sollte, wie sie das Gesetz sonst unter diesem Namen kennt (z. B. in §§ 108, 177 usw.), so wäre es unverständlich, warum sie erst erfolgen darf, nachdem dem Gläubiger von den Vertragsparteien formell mitgeteilt wurde, daß sie in seine Rechte eingegriffen haben, und nur bis zu dem Zeitpunkt, den sie ihm mittels ihres Rechtes der Fristsetzung bestimmen. Es müßte dem Gläubiger vielmehr vernünftigerweise freistehen, von seinem Rechte der Genehmigung nach seinem eigenen Gutdünken Gebrauch zu machen, sobald er auf irgend eine Weise von der ohne seine Mitwirkung vollzogenen Schuldübernahme erfahren hat. Die Verfügungstheorie mutet ihm aber gegenüber diesem angeblichen Eingriff in sein Gläubigerrecht eine abwartende Haltung im Hintergrund zu und läßt ihn sein Genehmigungsrecht nur während eines bestimmten Zeitraums ausüben, dessen Anfangs- und Endtermin ihm die Vertragsparteien nach Belieben vorschreiben können. Das alles steht im Widerspruch mit dem Wesen der Genehmigung. Man hat von seiten der Verfügungstheorie diesem Vorwurf zu begegnen versucht, indem man erklärte, die Parteien hätten sehr häufig Anlaß, die Entscheidung noch vorläufig in der Hand zu behalten; aus diesem Grunde rechtfertige sich das Erfordernis der Mitteilung. Damit ist aber nur ausgesprochen, daß sich für die Verfügungstheorie praktisch eine unbillige Konsequenz ergibt, wenn man dem Gläubiger sein Genehmigungsrecht ohne Einschränkung läßt, nicht aber erklärt, wie die Vermeidung dieses unerfreulichen Ergebnisses, wenn man sie in der Form einer dazwischengeschobenen Mitteilung versucht, rechtlich zu eben dieser Theorie paßt. Die Verfasser des Gesetzes, welche die Verfügungstheorie vertraten, haben hier verschiedene Gedanken kombiniert, die sich nicht miteinander

[12] Iherings J., Bd. 39, S. 400, 401.

vertragen. Sollte die Mitwirkung des Gläubigers wirklich eine „Genehmigung“ sein, so durfte sie nicht von einer Mitteilung und Fristsetzung abhängig gemacht werden, und konnte sich umgekehrt der Gesetzgeber der Einsicht nicht verschließen, daß Schuldner und Übernehmer zunächst Gelegenheit haben müssen, ungestört unter sich zu verhandeln, die Willensäußerung des Gläubigers also von ihrer Veranlassung abhängig sein muß, dieser sie dann aber nicht beliebig lang hinauszögern darf, so mußte der Begriff der Genehmigung fallen gelassen werden. Indem der Gesetzgeber beides miteinander in Einklang zu bringen versuchte, hat er sich in unlösbare Widersprüche verwickelt. In Wirklichkeit ist die „Mitteilung“ nach dem Inhalt der gesetzlichen Regelung keine Mitteilung, jedenfalls erschöpft sich ihre Wirkung nicht darin. Denn „mitteilen“ heißt nur, jemand von etwas in Kenntnis setzen. Das geschieht — die Konstruktion der Verfügungstheorie einmal vorausgesetzt — allerdings auch hier. Dem Gläubiger wird zur Kenntnis gebracht, daß sein Schuldner mit einem Dritten eine Schuldübernahme abgeschlossen habe. Darüber hinaus hat jedoch diese „Mitteilung“ des § 415 die Wirkung, daß der Gläubiger erst durch sie die rechtliche Möglichkeit erlangt, die Schuldübernahme zu genehmigen. Diese letztere Funktion ist sogar die wichtigere; denn die „Mitteilung“ muß auch dann erfolgen, wenn der Gläubiger längst anderweit von der vollzogenen Schuldübernahme erfahren hat. Es kann sich also bezüglich der Erklärung des Alt- oder Neuschuldners an den Gläubiger in Wahrheit nicht um eine bloße Mitteilung handeln. Diese Erklärung enthält vielmehr „auch ein Gesuch um Genehmigung und damit einen Antrag, daß der Gläubiger unter Entlassung des bisherigen Schuldners den Anzeigenden als neuen Schuldner annehme. Dieser Antrag enthält also zugleich die Anbahnung eines Schuldübernahmevertrags zwischen Gläubiger und Übernehmer im Sinne des § 414[13]“. Nicht Recht hat daher Manigk[14], wenn er es aus dem Wesen der Mitteilung heraus ablehnt, in ihr eine Offerte zu erblicken. Seine Ausführungen über das Wesen der Mitteilung sind durchaus zutreffend. Aber die Angebotstheorie bestreitet ja gerade, daß es sich um eine bloße Mitteilung handelt, es kommt darauf an, was die Erklärung, welche das Gesetz mit dem Ausdruck „Mitteilung“ bezeichnet, in Wirklichkeit darstellt und enthält. Manigk ist zwar der Ansicht, wenn sich tatsächlich auch mit der Mitteilung Erfolgsabsichten verknüpfen könnten und im Rahmen des § 415 der Mitteilende oft die Absicht habe und mindestens stillschweigend zum

[13] Crome, S. 354.
[14] Seite 372, 373.

Ausdruck bringen werde, daß der Gläubiger dem Vertrag zustimme, so sei dies zunächst unwesentlich. Der Mitteilende brauche nicht zu wollen, daß der Gläubiger genehmige; er könne seine Mitteilung nicht etwa anfechten, weil er über Inhalt und Rechtserfolg der Mitteilung im Irrtum gewesen sei. Diese Ausführungen enthalten aber lediglich Konsequenzen, die gezogen werden können, nachdem festgestellt ist, daß eine Mitteilung vorliegt. Für die Vorfrage, ob eine solche vorliegt, muß zunächst ihr tatsächlicher Inhalt herangezogen werden. Zu ihrer Klärung darf man nicht Folgerungen verwerten, die sich erst hinterher ergeben können. In Wirklichkeit enthält die „Mitteilung", wie weiter unten noch ausführlich zu zeigen sein wird, immer, nicht nur oft, wie Manigk selbst zugibt, eine Erfolgsabsicht, nämlich den Antrag an den Gläubiger, den Übernehmer als neuen Schuldner anzunehmen. Demgegenüber ist die reine Mitteilungsfunktion durchaus untergeordnet. „Mitteilung" und „Genehmigung", in ihrem Verhältnis zueinander betrachtet, sind also nichts anderes als die Einigung zweier Personen zur Erreichung eines gewollten Erfolges. Das ist aber ein Vertrag.

Ein weiterer wichtiger und offensichtlicher Widerspruch in der Regelung des Gesetzes ergibt sich — wenn man die Verfügungstheorie als die Konstruktion des Gesetzgebers ansieht — hinsichtlich der Behauptung des Gesetzes in Absatz 2, Satz 1, bei Verweigerung der Genehmigung gelte die Schuldübernahme als nicht erfolgt, im Vergleich mit Absatz 3, der sie trotz Verweigerung der Genehmigung ausdrücklich in Form einer Erfüllungsübernahme aufrecht erhält. Der Gesetzgeber wollte offenbar vermeiden, daß der Gläubiger, nachdem er einmal seine Genehmigung verweigert hat, dennoch jederzeit beliebig durch einseitige Erklärung den Schuldübergang herbeiführen kann. Er konnte das, weil er von der Verfügungstheorie ausging, nicht anders tun, als die zwischen Altschuldner und Übernehmer bereits vollzogene Schuldübernahme für diesen Fall wieder hinwegzufingieren. Andererseits kam aber der Gesetzgeber nicht an der Notwendigkeit vorbei, die dadurch im Innenverhältnis zwischen Altschuldner und Übernehmer entstehende Unbilligkeit zu vermeiden, daß letzterer nunmehr, da die Schuldübernahme ja nicht als erfolgt gilt, dem Altschuldner gegenüber zu nichts mehr verpflichtet sein soll. Er verbesserte daher das Ergebnis, indem er in Absatz 3 aussprach, der Übernehmer solle im Zweifel dem Altschuldner zur Erfüllung der Schuld verpflichtet sein. Insoweit gilt also dann die Schuldübernahme doch als erfolgt. Der Zusatz „im Zweifel", welcher durch einen Unterantrag in der zweiten Kommission in den Absatz 3 eingefügt wurde, kann

daran nichts ändern. Denn wie Jung[15] mit Recht hervorhebt, wird es praktisch wohl immer so sein, daß die Parteien, wenn sie das Einverständnis des Gläubigers zu einer befreienden Schuldübernahme nicht erreichen, wenigstens eine Erfüllungsübernahme wollen. In Wirklichkeit gilt also lediglich die „Mitteilung" an den Gläubiger als nicht erfolgt, damit er den Parteien keine Überraschungen bereiten kann, alles andere bleibt so, wie es unter diesen vereinbart war. Auch Planck[16] vertritt, obwohl er Anhänger der Verfügungstheorie ist, den Standpunkt, Absatz 2, Satz 1 bedeute nur, daß die Schuldübernahme durch nachträgliche Genehmigung nicht mehr zustandekommen könne, daß also die Verweigerung unwiderruflich sei. Folgerichtig im Sinne der Verfügungstheorie ist allerdings die in Absatz 2, Satz 1 zum Ausdruck gekommene Ansicht des Gesetzgebers, daß im Falle der Verweigerung der Genehmigung die von den Parteien bereits vorgenommene Verfügung über das Gläubigerrecht als nicht erfolgt zu gelten habe. Damit harmoniert dann aber nicht der von praktischen Erwägungen dringend geforderte Absatz 3. Denn wenn Inhalt des Schuldnervertrags lediglich eine an Stelle des Gläubigers vorgenommene Verfügung ist, so muß jede Wirkung dieses Rechtsgeschäfts entfallen, wenn der Gläubiger ihm durch Verweigerung seiner Genehmigung nicht die erforderliche Wirksamkeit verleiht. Man hat das auch auf seiten der Anhänger der Verfügungstheorie erkannt und einen Ausweg gefunden, indem man erklärte, Alt- und Neuschuldner schlössen nicht nur einen dinglich wirkenden Schuldübernahmevertrag, sondern zugleich einen obligatorischen Vertrag auf Erfüllungsübernahme, und nur der erstere gelte bei Verweigerung der Genehmigung als nicht erfolgt. Dieser Lösungsversuch muß jedoch daran scheitern, daß das Nebeneinander von dinglichem und obligatorischem Vertrag hiernach auch schon b i s zur erteilten oder verweigerten Genehmigung besteht. Die Verpflichtung des Übernehmers auf Grund der zusätzlichen Erfüllungsübernahme ist schon von vornherein vorhanden, ehe noch überhaupt eine Entscheidung des Gläubigers gefallen ist. Innerhalb dieses Zeitraumes wäre infolgedessen nach der erwähnten Auffassung der Übernehmer einerseits obligatorisch, d. h. nur mit Wirkung zwischen sich und dem Altschuldner, zur Erfüllung der Schuld dem letzteren gegenüber verpflichtet, andererseits aber würde die Schuld — und zwar nach der ausdrücklich ausgesprochenen Meinung der Verfügungstheorie ebenfalls mit Wirkung lediglich unter diesen selben Parteien — als bereits übernommen gelten. Einerseits wäre also der Über-

[15] Seite 854.
[16] Zu § 415, Anm. 4.

nehmer selbst als Schuldner anzusehen, andererseits wäre er nur verpflichtet, die fremde Schuld des alten Schuldners zu erfüllen. Denn die beiden angeblich gleichzeitig vorgenommenen Rechtsakte stehen zueinander nicht etwa, wie besonders betont werden muß, im Verhältnis eines obligatorischen Grundgeschäfts zum dinglichen Erfüllungsgeschäft. Die Erfüllungsübernahme ist vielmehr als ein Institut mit eigenem wirtschaftlichen und rechtlichen Charakter von dem Grundgeschäft zur befreienden Schuldübernahme wesensverschieden. Die Unhaltbarkeit der bezeichneten Auffassung liegt somit auf der Hand. Nur eines von beiden Rechtsgeschäften, obligatorisch wirkende Erfüllungs- oder dinglich wirkende Schuldübernahme, kann vorliegen, ein Nebeneinander aber ist ausgeschlossen. Da nach § 415, Absatz 3 die Erfüllungsübernahme auf jeden Fall unstreitig vorhanden ist und, wie die Verfügungstheorie zugibt, vorhanden sein muß, ergibt sich von selbst die Konsequenz, daß zugleich eine dinglich wirkende Schuldübernahme nicht vorliegen, vielmehr erst in einem späteren Zeitpunkt erfolgen kann, nämlich dann, wenn der Gläubiger durch Erklärung seines Einverständnisses ihren Abschluß bewirkt. Wenn daher Absatz 2, Satz 1 für den Fall der Verweigerung der Genehmigung bestimmt, die Schuldübernahme gelte als nicht erfolgt, so ist das, wie Hellwig [17] sagt, „einfach nicht wahr". Es kommt darin „nur durchaus folgerichtig aber nicht besonders aussprachebedürftig zum Ausdruck, daß die Mitteilung an den Gläubiger Offerte ist und daher nach § 146 durch Nichtannahme erlischt [18]". Der Gesetzgeber selbst hat diese Anschauung in Absatz 3 verankert. Denn die praktischen Erfordernisse waren stärker als die Theorie, so daß wir auch hier bestätigt finden, was wir schon weiter oben sahen: „Obwohl in der bekämpften Auffassungsweise befangen, war in ihr (= der zweiten Kommission) doch das gesunde Rechtsgefühl so mächtig, daß der von dem praktischen Bedürfnis geforderte Satz Eingang fand [19]."

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, daß, wollte man die Verfügungstheorie als im Gesetz zum Ausdruck gekommen ansehen, es nicht erklärt werden könnte, warum § 417, der durch seine Stellung Geltung sowohl für § 414 als auch für § 415 beansprucht, nicht zwischen den beiden angeblichen Arten von Schuldübernahmen unterscheidet, vielmehr schlechthin von „der" Schuldübernahme spricht. Wenn es in § 417, Absatz 2 heißt: „Aus dem der Schuldübernahme zugrundeliegenden Rechtsverhältnis zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem

[17] Seite 163.
[18] Jung, S. 854.
[19] Hellwig, S. 164.

Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten", so wird hier gerade im Gegenteil der Schuldübernahme einerseits das zwischen dem Übernehmer und dem Altschuldner bestehende Rechtsverhältnis andererseits als dem ersteren zugrundeliegend ausdrücklich gegenübergestellt. Das hätte aber, wenn ein zwischen diesen beiden bestehendes Rechtsverhältnis bereits selbst eine Schuldübernahme enthalten könnte, nicht geschehen dürfen.

## II. Auslegung vom Standpunkt des „richtigen Rechts".

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist folgendes: Es hat sich gezeigt, daß die Fassung des Gesetzes uns nicht zwingt, wie es die Anhänger der H. M. behaupten, die Verfügungstheorie hinsichtlich des § 415 zugrundezulegen, daß vielmehr gewisse Anhaltspunkte sogar für die Angebotstheorie sprechen. Zum mindesten jedoch hat sich ergeben, daß die Fassung des Gesetzes äußerst unklar und widerspruchsvoll ist, und daß aus ihr die Rechtsnatur der zwischen Alt- und Neuschuldner „vereinbarten" Schuldübernahme keineswegs eindeutig hervorgeht. Es ist deshalb andererseits nicht nötig, wie v. Blume und andere es wollten, den § 415 ganz auszuschalten, um die für falsch gehaltene Verfügungstheorie zu vermeiden. Vielmehr handelt es sich darum, aus dem mißratenen Wortlaut des Gesetzes den wahren Sinn und den richtigen Kern herauszufinden, und die Rechtsnatur des in ihm behandelten Instituts so zu bestimmen, wie sie dem praktischen Vorgang, dem Willen der Parteien, der wirtschaftlichen Bedeutung der Schuldübernahme, der Logik und der Billigkeit entspricht. Die Frage nach der Rechtsnatur der in § 415 behandelten Schuldübernahme ist also noch völlig offen. Das Gesetz hatte sie nicht zu beantworten und hat sie, obwohl es seine Verfasser beabsichtigten, nicht beantwortet. Sie soll daher allein vom Standpunkt des „richtigen Rechts" aus entschieden werden.

### § 4.

### Der Vorgang der Schuldübernahme in der Praxis.

Oberster Sinn und Zweck sowohl der rechtsanwendenden Tätigkeit als auch der wissenschaftlichen Betrachtung muß es sein, die Vorgänge des täglichen Lebens unter möglichst einfache und klare Regelungen zu bringen und ihnen eine möglichst lebensnahe, den Gedankengängen der Parteien entsprechende, rechtliche Deutung zu geben. Es soll das Recht, wie es schon Eyke von Repkow durch

die Wahl des Titels seines Rechtsbuches andeutete, wie in einem Spiegel die rechtlichen Vorgänge, so wie sie sich im täglichen Leben tatsächlich abspielen und im Rechtsempfinden des Volkes verwurzelt sind, erkennen lassen. Wenn dies in der Kodifikation des Rechtes unklar und unvollkommen geschehen ist, muß es Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, eine Angleichung herbeizuführen. Man hat von der Verfügungstheorie behauptet, der Angebotstheorie dagegen bestritten, daß sie diesen Anforderungen gerecht wird. Die Mehrheit der Mitglieder der zweiten Kommission war nach den Protokollen[20] der Auffassung, „daß die vom Entwurf angenommene Theorie sich auf die natürliche Auffassung des Lebens und die vermutete Absicht der Kontrahenten zurückführen lasse und die unter den Beteiligten bestehenden rechtlichen Beziehungen in klarer und einfacher Weise ordne". Auch Regelsberger beispielsweise meint[21]: „Die Verfügungstheorie entspricht der Auffassung des Verkehrs. Sie verwirklicht die Parteiabsicht auf einfachem Wege und gibt dem Gläubiger einen festen Untergrund für seine Entschließung." Ich möchte dieser Behauptung in allen Punkten widerstreiten. Dazu muß etwas weiter ausgeholt werden:

Nach geltendem Recht ist zweifellos die Übernahme einer Schuld ohne jede Mitwirkung des Altschuldners möglich. Das ist nicht besonders erstaunlich; denn ein Dritter kann sogar die Schuld eines anderen gegen dessen ausdrücklichen Willen erfüllen und sie dadurch zum Erlöschen bringen (§ 267). Umgekehrt ist es aber genau so unmöglich, eine befreiende Schuldübernahme ohne Mitwirkung des Gläubigers herbeizuführen, „weil die Persönlichkeit des Schuldners, seine Leistungswilligkeit und seine Leistungsfähigkeit von der größten Bedeutung für den Gläubiger ist[22]". Unbedingt erforderlich sind also nur zwei Personen: Der Übernehmer und der Gläubiger. Der Schuldner dagegen kann immer fehlen. Das ist kein entscheidender Gesichtspunkt für die rechtliche Konstruktion der Schuldübernahme, aber ein Indiz dafür, daß der Schwerpunkt des ganzen Vorgangs zwischen den beiden Erstgenannten liegen muß, bleibt diese Tatsache immerhin. Das Gesetz hat denn auch den Fall des völligen Unbeteiligtseins des Altschuldners an die Spitze der gesamten Regelung gestellt und ihn in § 414 in klarer und einfacher Weise geordnet. In der Praxis wird sich allerdings meist auch der Altschuldner in die Verhandlungen einschieben, einfach deswegen, weil er das meiste Interesse an einer solchen Schuldübernahme hat. „Deshalb geht die Anregung dazu

[20] Seite 410.
[21] Iherings J., Bd. 39, S. 473.
[22] Jung, S. 852.

regelmäßig zuerst von diesem aus, d. h. er sucht sich zunächst den Dritten, der zu solchem Schuldeintritt bereit ist [23]." Es mußte daher Aufgabe des Gesetzgebers sein, auch an diesen Fall zu denken und ihm eine rechtliche Regelung zu geben. Und zwar mußte das so geschehen, daß die Schuldübernahme, wenn sie sich bereits in diesem vorbereitenden Stadium befindet und von dem Alt- und Neuschuldner als geplant und besprochen erkennbar ist, im Interesse der Klarheit der Verhältnisse, möglichst erleichtert und beschleunigt wird [24]. Eine solche Vereinfachung lag wohl auch in der Absicht der Verfasser des BGB. Daß die von ihnen getroffene Regelung das Gegenteil erreicht, nämlich gerade für diesen Fall die größte Verwirrung angerichtet hat, liegt daran, daß z. Zt. der Abfassung des Gesetzes die Frage der Schuldübernahme und ihre Konstruktion noch äußerst umstritten war, so daß man angesichts dieses Chaos den Verfassern des BGB. nicht einmal einen Vorwurf daraus machen kann [25]. Sie haben sich der damals herrschenden Meinung angeschlossen, die den wirtschaftlich betrachtet höchst einfachen und verständlichen Vorgang viel komplizierter ansah, als er in Wirklichkeit ist. Für ein- und denselben Vorgang mit ein- und demselben Erfolg legte diese herrschende Ansicht zwei verschiedene Konstruktionen zu Grunde, lediglich aus dem mehr oder weniger dem Zufall entspringenden Grunde, daß in dem einen Fall der Übernehmer zunächst mit dem Gläubiger, in dem anderen zunächst mit dem Schuldner verhandelt hat. Wenn man aber den Vorgang der Schuldübernahme in der Praxis des täglichen Lebens betrachtet, so muß man zu der Erkenntnis kommen, daß es für die rechtliche Betrachtung gleichgültig sein muß, an wen sich der Übernehmer zuerst wendet. Denn „die Wirkungen der privaten Schuldübernahme sind dieselben, ob nun der Gläubiger gleichzeitig mitwirkt oder später. Es verstößt daher gegen das Prinzip der Ökonomie, für den letzteren Fall eine besondere Theorie aufzustellen [26]". Auch Endemann [27] ist, obwohl Anhänger der Verfügungstheorie, der Ansicht, die beiden Fälle der Schuldübernahme stünden im Verkehrsleben in engem Zusammenhang und dürften nicht auseinandergerissen werden. Mit dieser Erkenntnis läßt sich aber m. E. die Verfügungstheorie nicht mehr vereinbaren. Daß es tatsächlich lediglich der Zufall ist, welcher nach der Verfügungstheorie die entscheidende Rolle spielt, wird von ihren Anhängern zuweilen

[23] Jung, S. 852.

[24] Vgl. dazu Jung, S. 853.

[25] Vgl. dazu v. Blume, Jherings J., Bd. 39, S. 392.

[26] Menzel, S. 594.

[27] Seite 887, Anm. 13.

offen zugegeben. So liest man bei Kreß[28]: „Leitet der Altschuldner die Verhandlungen ein, so kommt die Schuldübernahme nach § 415 zustande. Regt der Gläubiger sie an, so nach § 414." Denkbar sei es allerdings, so meint Kreß, daß der Wille der Parteien auch einmal anders sein könne; das sei aber unpraktisch und entspreche nicht dem wirtschaftlichen Werdegang. Kreß ist demnach der Ansicht, daß diejenigen Fälle, in denen die Parteien nicht ausdrücklich eine bestimmte Form der Schuldübernahme als gewollt erklärt haben — und diese Fälle des Zweifels sind es ja gerade, die Anlaß zu Erörterungen geben — lediglich danach zu beurteilen sind, ob der Altschuldner oder der Gläubiger zuerst die Besprechungen aufnahm. Auch Durchholz[29] erklärt, obgleich es manchmal nur Zufall sein werde, ob der Übernehmer, wenn er mit dem Schuldner den obligatorischen Vertrag abgeschlossen habe, demnächst dessen Vollziehung auf dem Wege des § 414 oder des § 415 herbeiführe, ergäben sich doch je nach dem eingeschlagenen Wege Verschiedenheiten. Solche Gedankengänge können uns nur in unserer Ansicht bestärken, daß es nur e i n e Art der Schuldübernahme geben kann. Entscheidend scheint aber, wie wir schon oben sahen, das Verhältnis zwischen Übernehmer und Gläubiger zu sein. Denn keiner von beiden darf fehlen, um die Schuldübernahme mit befreiender Wirkung zustandezubringen. Ihr Zusammenwirken erst kann den gewollten Erfolg bewirken. Ihr Vertragsschluß muß es daher sein, der ebenso wie in dem einfachen Fall des § 414 auch bei vorheriger „Vereinbarung" der Schuldübernahme zwischen altem und neuem Schuldner den Enderfolg, die befreiende Schuldübernahme, herbeiführt.

## § 5.

### Auffassung und Wille der Parteien.

Dieses Ergebnis entspricht auch durchaus dem Gedankengang der Parteien und ihrem, aus ihren Erklärungen im Wege der Auslegung nach §§ 133 und 157 BGB. zu entnehmenden Willen. Wenn zwei Personen etwa anläßlich des Verkaufs eines Grundstückes mit darauf lastender Hypothek über die Begleichung der persönlichen Schuld verhandeln und zu dem Ergebnis kommen, der Käufer solle sie übernehmen, so müssen sie wissen und wissen sie auch, daß dies nicht ohne Einverständnis des Gläubigers geschehen kann. Denn daß man eine Verbindlichkeit nicht, ohne den Gläubiger zu fragen, auf einen anderen abwälzen kann, dürfte auch dem Rechts-

[28] Seite 491 mit Anm. 10.
[29] Seite 547.

unkundigsten bewußt sein, weil dieser Satz nicht das Ergebnis abstrakter Denktätigkeit und juristischer Überlegung, sondern der Niederschlag einer Selbstverständlichkeit des Verkehrslebens ist. Der normale und einfachste Weg zur Erreichung des beabsichtigten Erfolges muß daher für die beiden Parteien sein, zunächst einmal an den Gläubiger heranzutreten, um ihn zu der erforderlichen Mitwirkung zu bewegen. Sie werden daher, weil jede weitere Erörterung unter ihnen selbst nutzlos wäre, ihre Vereinbarung, die also bis dahin lediglich die Absicht enthält, dem Gläubiger einen Schuldnerwechsel anzubieten, in diesem Zeitpunkt abschließen und dem Gläubiger einen dementsprechenden Antrag unterbreiten. Demnach liegt in ihrer Erklärung an ihn, wenn überhaupt eine Mitteilung, so lediglich die, daß sie sich rein intern über die Herbeiführung einer befreienden Schuldübernahme einig geworden sind und beschlossen haben, einen entsprechenden Antrag an ihn zu stellen. Keinesfalls werden sie ihn mit der Nachricht überraschen wollen, daß sie hinter seinem Rücken eine befreiende Schuldübernahme vollzogen hätten; denn sie wissen, daß sie dazu gar nicht imstande gewesen sind. Der Sinn ihrer Erklärung an den Gläubiger ist also in erster Linie nicht, diesen von etwas bereits Geschehenem in Kenntnis zu setzen, sondern im Gegenteil eine Bitte, ein Wunsch, ein Antrag. Alt- und Neuschuldner fordern den Gläubiger auf, ihnen zu der geplanten Schuldübernahme zu verhelfen, nicht aber, die bereits erfolgte zu genehmigen. Dies ist jedenfalls der gerade und nächstliegendste Weg zür Erreichung des erstrebten Zieles, und deshalb muß für die rechtliche Betrachtungsweise von ihm ausgegangen werden, weil es nicht Aufgabe der Wissenschaft sein kann, das Anormale zugrundezulegen, sondern der vernünftige und alltägliche Vorgang des Lebens auch für die juristische Konstruktion im Vordergrund stehen muß. Die Verfügungstheorie möchte den Parteien gern zutrauen, sie wollten mehr, als sie können [30]. Es ist jedoch nicht einzusehen, welchen Zweck das für sie haben könnte. Denn „dieser Entschluß würde den Parteien nicht mehr verschaffen, als sie durch das eben erwähnte legale Abkommen erreichen könnten. Der rechtswidrige Eingriff würde daher nichts sein als ein keinem Interesse dienender, wirkungs- und aussichtsloser Versuch einer Änderung der Rechtsfiguren [31]“. Heck hält es für ausgeschlossen, daß solche interessenlosen Figurenänderungen im Geschäftsleben gewollt werden und führt die falsche Vorstellungsweise der herrschenden Meinung auf einen Beobachtungsirrtum zurück. Darin ist ihm durchaus recht zu geben. Die Machtbefugnis

[30] Heck, S. 224.
[31] Heck, S. 224.

der Parteien reicht eben nicht so weit, um selbst eine befreiende Schuldübernahme vorzunehmen, wie ihnen auch selbst bewußt ist. Deshalb betrifft der Inhalt des Schuldnervertrages nur die eigenen Beziehungen der Parteien zueinander. Er enthält nichts, was darüber hinaus Dritten gegenüber wirksam sein soll. Der Parteiwille geht mit anderen Worten nicht dahin, eine Verfügung zu treffen, sondern sich gegenseitig zu verpflichten.

Wenn man demgegenüber behauptet, Alt- und Neuschuldner wollten jedenfalls im Innenverhältnis die Schuld als übernommen ansehen, ihr Vertragsabschluß enthalte mithin eine „inter partes" bereits wirksame Verfügung, so begeht man damit einen grundlegenden Fehler. Denn die Annahme einer Verfügung steht mit dieser angeblich gewollten Wirkung „inter partes" in offenem Widerspruch: Rechtsgeschäfte, deren Wirkung sich lediglich auf die beteiligten Personen erstreckt, sind keine Verfügungen. Vielmehr ist nach unserer Rechtsordnung eine solche ausschließliche Wirkung „inter partes" ein zwingendes Merkmal für das Vorliegen eines Verpflichtungsgeschäftes [32]. Boehmer [33] kennzeichnet den Versuch, den Schuldnervertrag in der bezeichneten Weise zwar einerseits als lediglich relative Rechtsänderung und andererseits dennoch als Verfügung, d. h. als absolutes Rechtsgeschäft, zu deuten, als eine Konstruktion, die jeder juristisch verständlichen Vorstellung ermangelt.

In analoger Weise hat man unter dem Schlagwort „Schuldübernahme ist Zahlung [34]" versucht, eine Verfügung in die Abmachung der Parteien hineinzulegen. Man geht hierbei zwar zutreffend davon aus, daß dem Willen der Parteien entsprechend die Schuldübernahme regelmäßig im Rahmen eines Kaufvertrages dazu dient, die Kaufpreiszahlung seitens des Käufers zu ersetzen, ist aber dann weiterhin der irrigen Meinung, daß die Vereinbarung zwischen Alt- und Neuschuldner gemäß § 415 bereits die Erfüllung dieser Ersatzleistung darstelle. Diese Auffassung wird noch immer vertreten, obwohl sich bereits Boehmer in seiner — im Jahre 1907 erschienenen — Schrift „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme [35]" gründlich mit ihr auseinandergesetzt und sie eindeutig widerlegt hat. — Wenn z. B. Enneccerus-Lehmann [36] in diesem Zusammenhang behauptet: „Wer mir er-

[32] Vgl. hierzu Boehmer „Die Konstr. d. befr. Schuldübernahme", S. 97 ff. (100, 102), 108 ff. (112) und 122 ff. (123).
[33] a. a. O., S. 122 ff.
[34] Vgl. hierzu Boehmer a. a. O., S. 120 ff. bis 131.
[35] a. a. O., S. 120 ff. bis 131.
[36] Seite 308.

klärt, daß er meine Schuld an X übernehme, ist sich bewußt, daß er sich mir nicht nur verpflichtet, sondern mir bereits leistet", so muß schon dies stark bezweifelt, vor allem aber dem entgegengehalten werden, daß es in diesem Falle auf den Willen des Übernehmers nicht so sehr ankommt wie auf den des Altschuldners. Der letztere ist sich aber wohl kaum bewußt, daß ihm durch eine solche bloße Erklärung bereits geleistet wird. Er wird es vielmehr mit Recht ablehnen, darin schon die Zahlung zu erblicken. Denn nach wie vor ist er Schuldner des Gläubigers. Das obligatorische Band zwischen beiden wird ohne Zweifel erst gelöst mit Erteilung der „Genehmigung[37]". Gerade wegen dieser letzteren, unbestreitbaren Tatsache ist im übrigen schon die objektive Rechtslage so eindeutig, daß eine vernünftige Auslegung des Parteiwillens auch aus diesem Grunde zu keinem anderen Ergebnis kommen kan. Worin soll — so fragt Boehmer[38] mit Recht — die Zuführung eines Vermögenswertes in das Vermögen des Verkäufers, welche allein den Tatbestand der Erfüllung rechtfertigen könnte, erblickt werden, wenn die endgültige Befreiung erst mit der Genehmigung eintritt, und weiter, in welchem rechtlichen Verhältnis soll dann diese Genehmigung zu der — nach der bezeichneten Meinung — bereits durch den Schuldvertrag bewirkten Leistung stehen? Eine befriedigende Beantwortung dieser beiden Fragen ist der Verfügungstheorie nicht möglich[39]. Eine Konstruktion, welche den Parteiwillen bei vernünftiger Auslegung nicht unbedingt in Widerspruch mit der objektiven Rechtslage setzen will, kann und darf jedoch an derartig wesentlichen Gesichtspunkten nicht vorübergehen.

Nach dem bisher Gesagten ist es beinahe unerfindlich, wie die Anhänger der Verfügungstheorie auf den Gedanken kommen konnten, der Wille der beiden Schuldner gehe dahin, die Schuldübernahme selbst im Wege der unberechtigten Verfügung über das Recht des Gläubigers vorzunehmen. Der Grund ist wahrscheinlich in der vielfach unkorrekten Abfassung solcher Übernahmeverträge zu suchen. Insbesondere Leonhard[40] hat — wenn auch in etwas anderem Zusammenhang — darauf hingewiesen, daß der Deutsche fast immer das Präsens gebraucht, wo er sich des Futurums bedienen müßte. Wenn beispielsweise A. und N. am 1. April einen Kaufvertrag schließen mit dem Inhalt, daß die Übergabe der Kaufsache am 1. Juli erfolgen und N. dann als Entgelt eine Schuld

[37] Boehmer, a. a. O., S. 121.

[38] a. a. O., S. 121 ff.

[39] Vgl. insbesondere auch zu der letzteren Frage eingehend Boehmer, a. a. O., S. 120 ff. (124 ff.).

[40] Seite 691.

des A. in Höhe von 1000 RM übernehmen solle, so wird fast stets die Formulierung lauten: „N. übernimmt eine Schuld des A. in Höhe von 1000 RM ...", obwohl er sie erst am 1. Juli übernehmen soll und wird. Sogar Enneccerus[41] betont als Anhänger der Verfügungstheorie, daß die Frage, ob eine Schuldübernahme schon vorliege oder nur für die Zukunft verabredet sei — Enneccerus kennt also auch dieses Institut der Verabredung einer Schuldübernahme! — Vorsicht erfordere und erläutert es an einem Beispiel: Wenn A. sein Handelsgeschäft an B. mit Firma für 100 000 RM verkaufe und es im Vertrage heiße: „Übergabe und Zahlung soll am 1. Juli erfolgen; der Käufer übernimmt in Anrechnung auf den Kaufpreis die Schuld des A. gegen X. im Betrag von 60 000 RM", so bedeute das nicht, daß der Käufer die Schuld schon jetzt übernehme, sondern daß er sie bei der Geschäftsübergabe in Anrechnung auf den Kaufpreis übernehmen solle. Das gleiche gilt aber m. E. nicht nur für solche befristeten Verträge, sondern für jeden Vertrag gemäß § 415 BGB., weil die Parteien zwar wissen, daß eine befreiende Schuldübernahme erst mit dem Einverständnis des Gläubigers zustandekommen wird, es aber in der Sprache des täglichen Lebens durch Anwendung der falschen Zeitform nicht zum Ausdruck bringen. Aus dieser unkorrekten Ausdrucksweise scheint die Verfügungstheorie die Ansicht hergeleitet zu haben, Altschuldner und Übernehmer wollten bereits im Zeitpunkt ihrer internen Vereinbarung die Übernahme unter sich als abgeschlossen betrachten und lediglich die Wirksamkeit dem Gläubiger gegenüber von dessen Genehmigung abhängig machen. Aber eine Schuldübernahme ohne Genehmigung des Gläubigers ist eben noch keine befreiende, und das wissen, wie wir oben gesehen haben, die Parteien auch. Deshalb geht ihr beiderseitiger Wille, wie er gemäß § 133 und § 157 BGB. aus ihren Erklärungen zu entnehmen ist, in jedem Falle nur dahin, die Schuldübernahme für die Zukunft zu verabreden.

In einer solchen bloßen Abrede kann sich jedoch der Inhalt der zwischen den Parteien geführten Verhandlungen nicht erschöpfen. Sonst könnte man allerdings mit Recht der Angebotstheorie den Vorwurf machen, für sie sei § 415 überflüssig. Denn das Zustandekommen eines Vertrages ist anderweit schon ausführlich geregelt, insbesondere das Zustandekommen einer Schuldübernahme, wie es die Angebotstheorie auffaßt, in § 414. Zwanglose und unverbindliche Vorbesprechungen bedürfen aber der rechtlichen Regelung nicht. In der Abmachung zwischen Altschuldner und Übernehmer

[41] 12. Bearb., S. 308.

muß demnach mehr enthalten sein. Man könnte an eine Verpflichtung des Übernehmers zum Abschluß eines Schuldübernahmevertrages mit dem Gläubiger denken. Der Entwurf I hatte eine solche Verpflichtung begründen wollen. Mit Recht aber hat Entwurf II diesen Gedanken aufgegeben. Wäre dies Inhalt des Gesetzes geworden, so könnte allerdings die Auffassung vertreten werden, § 415 sei praktisch unanwendbar. Denn niemand wird geneigt sein, eine Verpflichtung auf sich zu nehmen, deren Erfüllung in erster Linie nicht von ihm, sondern von dem Willen eines anderen abhängig ist[42]. Aus demselben Grunde kann die Vereinbarung zwischen Altschuldner und Übernehmer im Rahmen von § 415 auch nicht als Vorvertrag zu einer Schuldübernahme aufgefaßt werden. Denn auch das würde auf eine Verpflichtung des Übernehmers zum Abschluß des Schuldübernahmevertrages mit dem Gläubiger hinauslaufen.

Inhalt des Schuldnervertrages ist vielmehr zunächst einmal eine einfache Erfüllungsübernahme. Man hat zwar geleugnet[43], daß es überhaupt einen Unterschied zwischen Erfüllungs- und Schuldübernahme gebe und gesagt, dem alten Schuldner komme es lediglich darauf an, von seiner Schuld befreit zu werden; wie das geschehe, sei ihm völlig gleichgültig. Gerade die Anhänger der Angebotstheorie, insbesondere v. Blume und Hellwig, vertraten diese Ansicht und haben damit dazu beigetragen, den Gegnern ein wertvolles Argument zur Verteidigung ihrer Ansicht in die Hand zu geben. Denn diese werfen der Angebotstheorie in der Form, wie sie v. Blume und Hellwig vertreten, vor, sie verwische die Grenze zwischen Schuld- und Erfüllungsübernahme bis zur Unkenntlichkeit. Das ist ein Vorwurf, welcher berechtigt ist, angesichts der Tatsache, daß einmal das Gesetz selbst den Begriff der Erfüllungsübernahme zwar nicht dem Namen, so doch dem Inhalt nach kennt (§ 329 BGB.), und daß andererseits dieses Institut von einem dringenden Verkehrsbedürfnis gefordert wird, wenn es auch v. Blume und Hellwig nicht wahr haben wollen. Deshalb scheint es mir von besonderer Wichtigkeit zu sein, wenn Jung[44] umgekehrt darauf hinweist, daß gerade die Verfügungstheorie erst infolge der Verkennung des Unterschieds zwischen der Erfüllungs- und Schuldübernahme zu ihrer verfehlten Ansicht gelangen konnte. Erst von dieser richtig verstandenen Angebotstheorie her ist es m. E. möglich, vermittels des Unterschieds zwischen Erfüllungs- und Schuld-

[42] Vgl. Boehmer „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme", S. 128/29.
[43] v. Blume, Iherings J., Bd. 39, S. 408 f.
[44] Seite 853.

übernahme die Rechtsnatur des in § 415 behandelten Rechtsgeschäftes zu erkennen. Die Verfügungstheorie ist es nämlich, welche die Grenzen zwischen beiden verwischt. Sie glaubt bereits eine Schuldübernahme vor sich zu haben, wenn in Wirklichkeit erst eine Erfüllungsübernahme vorliegt. Enneccerus beispielsweise[45] erklärt: „Wenn der Käufer eines Grundstücks die auf diesem ruhenden Hypothekenschulden durch Vereinbarung mit dem Verkäufer übernimmt, so will er ihm nicht nur die Befreiung versprechen, sondern an seiner Stelle Schuldner sein, vorausgesetzt, daß der Gläubiger zustimmt.“ Dem muß jedoch aus den oben angeführten Gründen widersprochen werden, da, kurz zusammengefaßt, Altschuldner und Übernehmer selbst eine befreiende Schuldübernahme nicht vornehmen können und es deshalb auch nicht wollen. Die befreiende Schuldübernahme erscheint im Schuldnervertrag als ein in der Zukunft zu erstrebender Erfolg, während die gegenwärtige Verpflichtung des Übernehmers dem Altschuldner gegenüber nur darin besteht, dessen Schuld zu gegebener Zeit zu erfüllen. Der Wille der Parteien geht zwar dahin, nach Möglichkeit eine befreiende Schuldübernahme zustandezubringen. Das ist aber, wie sie wissen, von der alleinigen Entscheidung des Gläubigers abhängig; sie vereinbaren deshalb für den Fall seiner Ablehnung, daß jedenfalls im Innenverhältnis der Übernehmer derjenige sein soll, welcher wirtschaftlich betrachtet die Schuld zu tragen hat, unabhängig davon, wer rechtlich dem Gläubiger gegenüber nach dessen Entscheidung verpflichtet sein wird. Darin liegt nichts anderes als eine Erfüllungsübernahme. Es ist allerdings auch möglich, daß die Parteien von Anfang an darauf verzichten, den Gläubiger irgendwie in ihre Abmachung einzubeziehen. Sie wollen in einem solchen Falle die Erfüllungsübernahme lediglich als Internum betrachten; formell soll ihrem Willen entsprechend nach wie vor nur der ursprüngliche Schuldner dem Gläubiger gegenüber verpflichtet sein, der Erfüllungsübernehmer dagegen im Innenverhältnis materiell die Schuld zu bewirken haben. Ein solcher Fall interessiert in diesem Zusammenhange nicht näher. Lediglich dann, wenn Altschuldner und Übernehmer von vornherein die Absicht haben, aus der internen Erfüllungsübernahme nach Möglichkeit, d. h. falls der Gläubiger einverstanden ist, eine auch ihm gegenüber wirksame, befreiende Schuldübernahme zu gestalten, kommt die Anwendung des § 415 in Frage. Merkwürdigerweise leugnet von v. Blume[46], daß die Parteien jemals die bezeichnete Absicht haben könnten. Da der Schuldner ohnehin nicht sofort frei werden könne,

[45] 12. Bearb., S. 308.
[46] Iherings J., Bd. 39, S. 408.

so sei es ihm gänzlich gleichgültig, auf welche Weise sein Vertragspartner die Befreiung, zu der er ihm verpflichtet sei, herbeiführe. Es sei kein Grund vorhanden, warum der Schuldner sich darauf versteifen solle, gerade durch „externe[47] Schuldübernahme“ frei zu werden. Ebenso fehle es an einem Grunde, der ihn veranlassen könnte, seine Befreiung nur in der Erfüllung durch den Übernehmer finden zu wollen. Auf diese Weise gelangt von Blume dazu, den Unterschied zwischen Erfüllungs- und Schuldübernahme überhaupt zu leugnen. Den Einwand, der Schuldner könne ein Interesse daran haben, sicher zu sein, daß er frei werde, will er nicht gelten lassen. Denn er könne ja seinerseits die Erfüllung der ihm dem Übernehmer gegenüber obliegenden Verpflichtung verweigern, bis dieser ihn befreit habe. Leiste er aber, ehe er Befreiung erlangt habe, so kreditiere er eben; es sei doch nichts so Unerhörtes, daß ein Gläubiger auf die Redlichkeit und Zahlungsfähigkeit seines Schuldners vertraue. M. E. hat v. Blume in dieser Beziehung unrecht. Es ist vielmehr durchaus denkbar, daß die Parteien in dem einen Falle Wert darauf legen, daß ihre Abmachung völlig intern bleibt, und daß sie in dem anderen Falle von vornherein beabsichtigen, eine befreiende Schuldübernahme zu erreichen. Wenn v. Blume behauptet, es könne dem Schuldner gleichgültig sein, auf welche Weise er befreit werde, so hat er damit rein theoretisch betrachtet vielleicht recht. Es muß jedoch auch die praktische Seite herangezogen werden. Wenn jemand ein Grundstück veräußert, so will er sich nach Möglichkeit gleichzeitig sämtlicher damit verbundener Passiven entledigen, damit in seiner Bilanz Klarheit herrscht. Hinsichtlich der dinglichen Seite einer etwa vorhandenen Hypothek bedarf es keiner besonderen Vorkehrungen. Hier geht das Passivum von selbst über. Der Verkäufer möchte aber im Regelfall auch von der persönlichen Schuld frei werden, damit das verkaufte Vermögensstück, welches aus der Aktivseite seiner Bilanz ausgeschieden ist, auch aus der Passivseite in jeder Beziehung ausscheidet. Wenn er sich von dem Käufer lediglich versprechen läßt, daß dieser die persönliche Schuld zur rechten Zeit erfüllen werde, so ist sein Ziel nicht erreicht[48]. Denn nach wie vor ist er dem Gläubiger gegenüber verpflichtet. Er muß den Passivposten in seiner Bilanz belassen und hat, gesetzt den Fall, daß der Käufer dennoch nicht rechtzeitig erfüllt, Anstände, die er sich ersparen könnte, wenn der Erfüllungsübernehmer bereit wäre, die Schuld auch dem Gläubiger gegenüber wirksam zu übernehmen. Diese zum Teil mehr gefühlsmäßigen Momente müssen mitberück-

[47] = befreiende.
[48] Vgl. hierzu Byk, S. 134.

sichtigt werden, weil sie im Verkehr eine Rolle spielen. V. Blumes Rat an den Verkäufer, seinerseits die Erfüllung der ihm obliegenden Leistung zu verweigern, bis der Übernehmer ihn durch Zahlung befreit habe, ist in den allermeisten Fällen wertlos, weil es gerade Sinn und Zweck der Schuldübernahme ist, daß ersterer vorleistet. Der Übernehmer soll schon die Kaufsache empfangen, er sall schon Eigentümer des Grundstücks werden, ehe er die übernommene Schuld bezahlt, weil er entweder nicht in der Lage ist, den Kaufpreis bar zu entrichten oder die übernommene Verpflichtung noch gar nicht fällig ist. V. Blume meint, dann kreditiere der Verkäufer eben. Das ist allerdings möglich, andererseits aber unnötig, weil er den oben erwähnten Zweck des Geschäftes erheblich leichter auf einem anderen Wege erreichen oder wenigstens zu erreichen versuchen kann, nämlich durch Stellung eines Antrags an den Gläubiger, die einfache Erfüllungsübernahme zu einer befreienden Schuldübernahme zu gestalten. Dieses Bestreben zu erleichtern, ist der Sinn des § 415. Der Verkäufer wird also, anstatt zu kreditieren, zunächst darangehen, den Käufer zu einem solchen Versuch der befreienden Schuldübernahme zu bewegen. Dessen Wille, den v. Blume fast ganz außer acht läßt, ist aber gleichfalls von erheblicher Bedeutung. Er wird nämlich regelmäßig kein Interesse an einer solchen befreienden Schuldübernahme haben, vielmehr es vorziehen, wenn nach außen hin der Verkäufer Schuldner bleibt, schon aus dem Grunde, weil er in den meisten Fällen im Gegensatz zu dem Altschuldner den Gläubiger nicht persönlich kennt oder aber, weil er aus anderen Gründen nicht in unmittelbare Beziehungen zu ihm treten will. Die Entscheidung hängt demnach davon ab, welche der beiden Parteien mit ihrer Ansicht durchdringt. Läßt sich der Käufer zu einer privativen Schuldübernahme nicht bewegen, so bleibt es bei einer einfachen Erfüllungsübernahme, aus der dann — durch die Initiative des Altschuldners jedenfalls — auf keinen Fall eine befreiende Schuldübernahme werden kann. Die Ansicht v. Blumes, aus j e d e r Erfüllungsübernahme könne im Wege des § 415 eine befreiende Schuldübernahme werden, ist daher abzulehnen. Sie entspricht, wie dargelegt wurde, nicht immer dem Willen der Parteien.

Sobald sich der Übernehmer bereit erklärt, die Schuld mit befreiender Wirkung zu übernehmen, ist der Rahmen einer einfachen Erfüllungsübernahme überschritten, und es liegt eine nach der privativen Schuldübernahme hin tendierende Erfüllungsübernahme vor. Der Uebernehmer hat sich zwar auch hier dem Altschuldner gegenüber zunächst einmal verpflichtet, die Schuld rechtzeitig zu erfüllen. Darüber hinaus aber hat er sich — und zwar in

bindender Form — bereit erklärt, nach Möglichkeit, d. h. wenn der Gläubiger einverstanden ist, auch diesem gegenüber eine Befreiung des Altschuldners herbeizuführen. *Die Vereinbarung gemäß § 415 ist daher ihrem Wesen nach eine Erfüllungsübernahme, die nach der in bindender Form ausgesprochenen Absicht der Parteien unter Vorbehalt des Einverständnisses des Gläubigers zu einer befreienden Schuldübernahme ausgebaut werden soll. Die Erfüllungsübernahme ist im Gesetz in Absatz 3, die „Vereinbarung" (d. i. die bindende Abrede) der Schuldübernahme in Absatz 1 geregelt. Die Verwirklichung dieser Absicht geschieht durch einen dementsprechenden Vertrag mit dem Gläubiger, welcher nach § 414 zu beurteilen ist.*

Auch die Anhänger der Verfügungstheorie geben zu, daß eine privative Schuldübernahme in der bezeichneten Form erfolgen *kann*, sofern die „Mitteilung" von dem *übernehmer* ausgeht. Für diesen Fall bejahen sie die Möglichkeit, in der „Mitteilung" einen Antrag an den Gläubiger zu erblicken. Sie lehnen jedoch diese Konstruktion ab, wenn der *Altschuldner*, wie es das Gesetz für statthaft erklärt, die „Mitteilung" an den Gläubiger ergehen läßt. Die Anhänger der Verfügungstheorie begeben sich für diesen Fall auf einen völlig anderen Boden. Für diesen praktisch immerhin geringfügigen Unterschied benötigen sie eine zweite, auf einer ganz anderen Ebene liegende rechtliche Konstruktion. In der Tat hat das Gesetz, indem es die Möglichkeit der Mitteilung seitens des Altschuldners freigab, eine schwierige Situation geschaffen. Wie soll ein Vertrag zwischen dem übernehmer und dem Gläubiger zustandekommen, wenn der Antrag dazu von einer dritten Person, nämlich dem Altschuldner, ausgeht? Die einzige Möglichkeit, diesen Vorgang zu erklären, bietet das Institut der Stellvertretung. Nur dann kann in der „Mitteilung" des alten Schuldners an den Gläubiger ein Vertragsantrag des übernehmers liegen, wenn ersterer dabei als Stellvertreter des letzteren gehandelt hat. Und zwar muß er, weil sofortige Wirkung für und gegen den Vertretenen eintritt, Vollmacht schon bei Vornahme seiner Handlung besessen haben. Nach der Auffassung der Angebotstheorie ist in dem Schuldnervertrag eine dem Altschuldner von dem übernehmer stillschweigend erteilte Vollmacht zur Stellung des Antrags an den Gläubiger zu erblicken. Diese Deutung entspricht durchaus dem tatsächlichen Verlauf des praktischen Vorgangs und dem Willen der Parteien. Sie entspricht aber auch in höchstem

Maße dem Sinn des Gesetzes und dem Zweck des ganzen Instituts der befreienden Schuldübernahme. Der Sinn des § 415 besteht, wie wir oben sahen, darin, es zu erleichtern, daß die im Innenverhältnis zwischen Altschuldner und Übernehmer bereits besprochene und geplante Schuldübernahme nunmehr nach außen hin mit Wirkung gegenüber dem Gläubiger zu einer befreienden wird. Das ist, wenn auch der Übernehmer sich zu einer solchen befreienden Schuldübernahme bereit erklärt hat, noch nicht erreicht. Er hat sich zwar verpflichtet, einen Versuch in dieser Richtung zu unternehmen, d. h. einen entsprechenden Antrag an den Gläubiger zu stellen. Wenn er jedoch dieser Verpflichtung dennoch nicht nachkommt, könnte der Altschuldner nur auf Erfüllung klagen. Ein solcher Weg wäre aber viel zu umständlich. Der Altschuldner muß vielmehr auf andere Weise davor geschützt werden, daß der Übernehmer seiner Verpflichtung nicht oder nur zögernd nachkommt. Er als der am meisten interessierte Beteiligte muß die Möglichkeit haben, selbst die erforderlichen Schritte zu unternehmen, damit die in erster Linie von ihm ausgehende Absicht des Schuldnerwechsels verwirklicht wird. Überhaupt muß die Regelung des § 415 mehr vom Standpunkt des Altschuldners aus betrachtet werden. Denn der Übernehmer hat es ohnehin jederzeit in der Hand, auf dem Wege des § 414 ohne jede Mitwirkung des Altschuldners eine befreiende Schuldübernahme herbeizuführen. Hierzu wären irgendwelche Verhandlungen mit dem Altschuldner im Rahmen des § 415 überflüssig. Der Sinn seiner Bereitwilligkeitserklärung dem letzteren gegenüber kann daher nur der sein, damit zugleich die Initiative in dessen Hände zu legen. Der Urschuldner, der von den Beteiligten das größte Interesse am Zustandekommen des Schuldnerwechsels hat, soll auch die Durchführung des Vorhabens übernehmen. Da ihm in den meisten Fällen im Gegensatz zum Übernehmer der Gläubiger persönlich bekannt ist, ist er zugleich zur Führung der Verhandlungen am geeignetsten. Aus allen diesen Gründen kann die Auslegung eines vernünftigen Parteiwillens gemäß § 133 und § 157 BGB. nichts anderes ergeben, als daß der Übernehmer zugleich mit seiner Bereitwilligkeitserklärung dem Altschuldner die Ermächtigung erteilt, seinerseits die erforderlichen Schritte zur Herbeiführung der privativen Schuldübernahme zu unternehmen. Hellwig [49] hat durchaus recht, wenn er sagt, die stillschweigende Erteilung einer Vollmacht von seiten des Übernehmers an den Altschuldner sei aus dem Geschäftszweck als selbstverständlich abzuleiten. Ebenso meint Seuffert [50]: „Ohne alle Fiktion viel-

[49] Seite 162.
[50] Seite 44.

mehr in Übereinstimmung mit dem Geschäftszweck und dem Parteiwillen wird man annehmen dürfen, daß in dem Vertrage solche Ermächtigung gelegen ist." Auch Endemann[51] ist, obwohl Anhänger der Verfügungstheorie, der Auffassung, es stehe nichts im Wege, daß der Gläubiger auf Grund der Mitteilung mittels eines Vertrages den Übernehmer als neuen Schuldner annehme; der Antrag zu solchem Vertrage sei dann in der Mitteilung des Übernehmers oder des ihn vertretenden Urschuldners zu erkennen. Endemann betont ausdrücklich, daß er die Ableitung solcher Vertretungsmacht aus dem Inhalt des Grundvertrags für durchaus möglich hält. Und selbst Siber-Planck[52] will bisweilen in der Mitteilung des Altschuldners einen Antrag des Übernehmers erblicken können, z. B. wenn er gleichzeitig eine von dem letzteren ausgestellte, zur Kenntnis des Gläubigers bestimmte Urkunde vorlegt. Das Gesetz jedoch gestattet ohne jede Einschränkung dem Altschuldner, die „Mitteilung" an den Gläubiger zu machen, und das ist, wie Hellwig[53] ausführt, nicht bedeutungslos, da die Ermächtigung an den Altschuldner zur Stellung des Antrags aus diesem Grunde nur bei ausdrücklichem Vorbehalt widerruflich ist. Das Gesetz spricht zwar von der „Mitteilung" der Schuldübernahme, meint jedoch damit, wie wir oben sahen, die Mitteilung von der Vereinbarung einer Schuldübernahme, d. h. das Inkenntnissetzen des Gläubigers von der Absicht der Parteien, eine befreiende Schuldübernahme herbeiführen zu wollen. Teilt einer der Kontrahenten, beispielsweise der Altschuldner, dem Gläubiger diese Absicht mit, so liegt darin notwendigerweise zugleich die Aufforderung, durch seine Mitwirkung zur Verwirklichung dieser Absicht beizutragen, d. h. durch Erklärung seines Einverständnisses auf den Antrag des Übernehmers einzugehen und ihn als neuen Schuldner anzunehmen. Insofern läßt sich unsere Auffassung durchaus mit dem Gesetz in Einklang bringen. Die verschiedenen Erklärungen der Parteien, nämlich das Inkenntnissetzen des Gläubigers 1. von der zwischen ihnen abgeschlossenen Erfüllungsübernahme, 2. von ihrer Absicht, sie zu einer privativen Schuldübernahme auszubauen, 3. von der Ermächtigung des Übernehmers an den Altschuldner, einen dementsprechenden Antrag an den Gläubiger zu stellen und 4. die Stellung dieses Antrags selbst, sind, um Unklarheiten zu vermeiden und um eine nur einheitliche Annahme seitens des Gläubigers sicherzustellen, zu einer einzigen, von beiden Schuldnern gemeinsam verfaßten „Mitteilung" dieses ganzen Komplexes von

[51] Seite 887, Anm. 13.
[52] § 415, Anm. 1 b.
[53] Seite 162.

Tatsachen und Willensvorgängen zusammengefaßt. Dem Gläubiger wird also ein Tatbestand mitgeteilt, der nicht nur rein tatsächlich Geschehenes enthält, sondern ihm auch Aufschluß gibt über den Willen und die Absicht der beiden Schuldner, insbesondere des Übernehmers, und ihn infolgedessen ohne weiteres in die Lage versetzt, durch entsprechende Äußerung seines Willens eine vertragliche Einigung herbeizuführen. Der dabei in Erscheinung tretende Wille des Gläubigers, welcher von der Verfügungstheorie geflissentlich übersehen wird, kann ebenfalls in hohem Maße zur Stützung unserer Auffassung herangezogen werden. Mit Recht betont Seuffert [54], der Gläubiger, welcher sein Einverständnis erkläre, habe gar nicht die Vorstellung, die Geschäftsführung eines anderen zu genehmigen, sondern er wolle eben den Übernehmer an Stelle des Altschuldners als Schuldner annehmen. Es besteht kein Grund für ihn, davon auszugehen, daß die Parteien ihm bereits vorgegriffen haben. Er weiß, daß er letzten Endes die Entscheidung über das ihm zustehende Recht zu treffen hat, und will daher, wenn er sein Einverständnis erteilt, selbst positiv die befreiende Schuldübernahme vornehmen und nicht lediglich genehmigen, was Altschuldner und Übernehmer bereits ohne sein Zutun an seiner Stelle getan haben. Dem Gläubiger ist auch, wenn der Altschuldner die „Mitteilung“ an ihn ergehen läßt, das vorhandene Vertretungsverhältnis durchaus bewußt. Denn der Altschuldner kann die Mitteilung ohnehin nicht ohne Bezugnahme auf den Übernehmer machen, da es für den Gläubiger sehr wesentlich ist, wen er als neuen Schuldner annehmen soll. Der Gläubiger wird infolgedessen ohne weiteres ersehen, wer der eigentliche Kontrahent des Vertrages ist.

Als Ergebnis der Erforschung des Parteiwillens bleibt demnach festzuhalten: Wenn in einem Vertrage Altschuldner und Übernehmer eine „Schuldübernahme vereinbaren“, so liegen darin folgende drei rechtlich erhebliche Tatbestände: 1. das Versprechen des Übernehmers dem Altschuldner gegenüber, die Schuld bei ihrer Fälligkeit dem Gläubiger gegenüber zu erfüllen (insoweit handelt es sich um eine einfache Erfüllungsübernahme), 2. die Vereinbarung der Parteien, nach Möglichkeit darüber hinaus eine befreiende Schuldübernahme zu erreichen, d. h. einen entsprechenden Antrag an den Gläubiger zu stellen, 3. die daraus folgende Ermächtigung des Übernehmers an den Altschuldner, in seinem Namen den Antrag an den Gläubiger zu richten. Die „Vereinbarung einer Schuldübernahme“ gemäß § 415 enthält demnach weder die befreiende Schuldübernahme selbst noch lediglich eine einfache Er-

[54] Seite 46.

füllungsübernahme, sondern ein dazwischen liegendes drittes Rechtsgeschäft, nämlich eine nach der befreienden Schuldübernahme hin tendierende Erfüllungsübernahme. Enneccerus-Lehmann[55] ist zwar der Ansicht, die Analyse des Parteiwillens könne nur zweierlei ergeben: Entweder der Übernehmer wolle sich nur dem Schuldner gegenüber verpflichten, ihn von der Schuld zu befreien, dann sei das Geschäft nur Erfüllungsübernahme, und der Schuldner könne durch Mitteilung an den Gläubiger keine Schuldübernahme daraus machen; oder er vereinbare mit dem Schuldner, daß er an dessen Stelle trete, dann liege von vornherein eine Schuldübernahme vor. Daß aber diese letztere Alternative jemals dem Parteiwillen entspricht, muß, wie wir gesehen haben, bestritten werden. Die Vornahme der Schuldübernahme selbst bleibt vielmehr in Wahrheit in jedem Falle einem Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger vorbehalten. Die Auffassung von Enneccerus-Lehmann, jedesmal dann, wenn zu erkennen sei, daß Altschuldner und Übernehmer mehr als eine einfache Erfüllungsübernahme wollen, sei die Vornahme der privaten Schuldübernahme als gewollt anzusehen, ist unzutreffend. An anderer Stelle wurde bereits darauf hingewiesen, daß auch Enneccerus-Lehmann das Institut der b e a b s i c h t i g t e n Schuldübernahme wohl bekannt ist. Bei anderen Anhängern der Verfügungstheorie trifft man zuweilen ebenfalls auf Gedankengänge, welche in dieser Beziehung der Angebotstheorie sehr nahe kommen. So führt z. B. Kreß[56] aus: „Die Vereinbarung der Schuldübernahme zwischen Schuldner und Übernehmer nach § 415 ist ein die Schuldübernahme vorbereitendes, förderndes Rechtsgeschäft, sie erzeugt insofern, als die Schuldübernahme nur mehr der Genehmigung des Gläubigers bedarf, schon eine Vorwirkung. Nur durch Vertrag zwischen Schuldner und Übernehmer, nicht durch einseitige Erklärung eines Beteiligten, kann diese Vorwirkung (die Schuldübernahmevereinbarung nach § 415) in der Zwischenzeit wieder aufgehoben werden.“ Überhaupt verkennt die Verfügungstheorie den vorbereitenden Charakter der nach § 415 in die Wege geleiteten Schuldübernahme nicht. Lediglich hinsichtlich des Grades der Vorbereitung unterscheidet sie sich von unserer Auffassung. Sie begeht den Fehler anzunehmen, die Schuldübernahme werde durch den Schuldvertrag „in solcher Weise vorbereitet, daß es nur noch der einwilligenden Erklärung des Gläubigers bedürfe[57]“. Derart weitgehend ist die Vorbereitung jedoch in Wirklichkeit nicht. Denn, wie die Anhänger der Verfügungs-

[55] 12. Bearb., S. 308.

[56] Seite 522.

[57] Prot. I, S. 408.

theorie selbst anzuerkennen gezwungen waren, genügt die bloße Genehmigung des Gläubigers gerade nicht, um die Befreiung herbeizuführen. Es muß vielmehr die „Mitteilung“ seitens der Parteien vorausgehen; andernfalls ist eine etwaige Genehmigung ungültig. — Die Vereinbarung der Schuldübernahme nach § 415 ist ihrem Wesen nach nicht mehr als eine nach der privaten Schuldübernahme hin tendierende Erfüllungsübernahme. Man mag sie daher Grundvertrag [58] oder Vorbereitungsvertrag zur Schuldübernahme nennen oder sie mit Heck [59] als „pactum de contrahendo cum creditore“ bezeichnen. Der Schuldnervertrag enthält weniger als eine Schuldübernahme aber mehr als eine Erfüllungsübernahme. Sobald daher in einem Vertrage nicht eindeutig zum Ausdruck gekommen ist, ob der Wille der Parteien auf eine Erfüllungsübernahme oder einen solchen Vorbereitungsvertrag gerichtet war, wird man m. E., insbesondere mit Rücksicht auf den Übernehmer, nicht geneigt sein, die stärkere Wirkung als gewollt anzunehmen. Nur wenn der neue Schuldner sein Einverständnis mit einer privativen Schuldübernahme mit aller Deutlichkeit zu erkennen gegeben hat, kann eine dem Altschuldner erteilte Vollmacht zur Antragstellung in seiner Erklärung erblickt werden.

## § 6.

## Klarheit und Einfachheit der Regelung.

Es hat sich gezeigt, daß die „natürliche Auffassung des Lebens“ durchaus nicht derjenigen der Verfügungstheorie entspricht. Daß die Verfügungstheorie ferner entgegen der Behauptung ihrer Verfechter nicht imstande ist, die unter den Beteiligten bestehenden rechtlichen Beziehungen in klarer und einfacher Weise zu ordnen, dürfte ebenfalls nachgewiesen sein. Klar und einfach ist es vielmehr, mit der Angebotstheorie zu sagen: Die befreiende Schuldübernahme kommt in jedem Falle nur durch einen Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger zustande; es gibt nur diese eine Art der Schuldübernahme. Durchaus nicht klar und einfach dagegen ist es, zwei verschiedene Arten von Schuldübernahmen zu unterscheiden, von denen die zweite, nämlich die durch Vertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer zustandegekommene, zunächst allerdings nur „unter den Parteien“ wirkt und zur v o l l e n Wirksamkeit noch der Genehmigung des Gläubigers bedarf, bei Verweige-

[58] Schon Endemann (S. 861 ff.) nennt den Vertrag nach § 415 „Grundvertrag über die Schuldübernahme“, obwohl er ihn als dinglich wirkenden Übernahmevertrag auffaßt.

[59] Seite 224.

rung dieser Genehmigung jedoch mit rückwirkender Kraft als nicht erfolgt gilt, dennoch aber obligatorische Wirkungen hinterläßt. Ferner läßt sich nicht miteinander vereinbaren, daß nach der Verfügungstheorie einerseits die Schuld „inter partes" als von dem Neuschuldner übernommen zu gelten hat, andererseits dieser aber dem Altschuldner nur zur rechtzeitigen Erfüllung an den Gläubiger verpflichtet ist. Völlig unklar wird die Lage, wenn die „Mitteilung" von dem Übernehmer ausgegangen ist und man nun, wie fast alle Anhänger der Verfügungstheorie zugeben, die Möglichkeit hat, darin sowohl eine echte Mitteilung als auch einen Vertragsantrag nach § 414 zu erblicken. Dem Gläubiger, so meint Regelsberger [60], wird nach der Verfügungstheorie ein fester Untergrund für seine Entschließung gewährt. Für diesen Fall soll er nun aber prüfen, ob er anzunehmen oder zu genehmigen hat, ob die Schuldübernahme bereits vollzogen ist, er also nur seine Zustimmung erteilen, oder ob er sie erst durch Annahme des ihm gestellten Antrags zustandebringen soll. M. E. ist, was die Klarheit und Einfachheit der Konstruktion anbelangt, die Angebotstheorie bei weitem vorzuziehen.

## § 7.

## Die wirtschaftliche Lage.

Die Verfügungstheorie widerstreitet nicht nur subjektiv dem Willen der Parteien, sie entspricht auch objektiv betrachtet in keiner Weise der wirtschaftlichen Position, welche die drei Beteiligten beim Zustandekommen der Schuldübernahme einnehmen. Die Verfügungstheorie stellt den Schuldnervertrag in den Vordergrund und läßt Alt- und Neuschuldner selbst die Schuldübernahme schon so weit vornehmen, daß sie nur noch der Genehmigung des Gläubigers bedarf. Diese Zurückdrängung des Gläubigers in den Hintergrund stellt eine Herabsetzung seiner wirklichen Bedeutung für diesen Vorgang dar. Denn es ist immerhin sein eigenes Recht, welches den Maßnahmen der Vertragsparteien zugrunde liegt, und von dem er allein letzten Endes zu bestimmen hat, ob es in seiner ursprünglichen Lage verharren oder eine neue Zielrichtung einnehmen soll. Sein Einverständnis ist ein nicht zu entbehrendes Moment, wenn der beabsichtigte Rechtserfolg eintreten soll und muß daher vernünftigerweise Bestandteil des diesen Rechtserfolg bezweckenden Rechtsgeschäftes sein. Schon Danz [61] hat die Auf-

[60] Iherings J., 39. Bd., S. 473.
[61] S. 122/23, Anm. 3.

fassung vertreten, wenn der Eintritt des Neuschuldners und das Ausscheiden des Altschuldners nur unter Mitwirkung des Gläubigers zu erreichen sei, müsse diese Mitwirkung als das Essentiale der ganzen Schuldübernahme bezeichnet werden. Eine wissenschaftliche Betrachtungsweise, die ihrer Aufgabe, Vorgänge des Lebens ihrer wirtschaftlichen Bedeutung gemäß sinnvoll unter eine rechtliche Regelung zu bringen, gerecht werden will, darf Tatbestandsmerkmale, welche diesem wirtschaftlichen Vorgang naturnotwendig angehören, bei der rechtlichen Betrachtung nicht außerhalb dieses Tatbestandes stellen. Mit anderen Worten: Genehmigung und die sie veranlassende „Mitteilung" müssen auch juristisch unmittelbare Bestandteile des auf den gewollten Erfolg hinwirkenden Rechtsgeschäftes, nämlich der Schuldübernahme selbst, sein. Noch offensichtlicher wird der Konstruktionsfehler der Verfügungstheorie, wenn man sich auch in diesem Zusammenhange noch einmal vor Augen hält, daß Altschuldner und Übernehmer sogar berechtigt sein sollen, dem Gläubiger eine Frist zur Wahrung seiner Rechte zu setzen, selbst aber inzwischen die Schuldübernahme beliebig ändern oder aufheben und damit seine später erfolgende Genehmigung gegenstandslos machen können. Boehmer [62] hat Recht, wenn er sagt, nach der Verfügungstheorie sei es den Parteien erlaubt, den Gläubiger zum Spielball ihrer Launen zu machen. Der wirklichen Bedeutung des Gläubigers für das Zustandekommen der Schuldübernahme wird nur eine solche Auffassung gerecht, die ihn zusammen mit dem anderen nicht zu entbehrenden Beteiligten, nämlich dem Übernehmer, zum Kontrahenten eines zwischen ihnen beiden abzuschließenden Vertrages macht.

## § 8.

### Die Logik.

Insbesondere v. Blume [63], aber auch vor ihm schon Menzel [64], hat darauf hingewiesen, daß in jedem Falle, in welchem von einer Verfügung eines Nichtberechtigten die Rede ist, jemand vorhanden sein muß, der objektiv betrachtet an Stelle des Berechtigten handelt; beide haben die Frage gestellt, wer das im vorliegenden Falle sei, bzw. mit anderen Worten, wessen Verfügung der Gläubiger zu genehmigen habe, die des Altschuldners oder die des Übernehmers. Sie vertreten beide die Auffassung, weder der Altschuldner noch der

[62] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme", S. 113, 148, 149.

[63] Iherings J., Bd. 39, S. 401.

[64] Seite 594.

Übernehmer spiele die normalerweise dem Gläubiger zufallende Rolle. Diese Ansicht ist völlig zutreffend. Denn das Recht des Gläubigers, über welches verfügt werden soll, besteht nach der Verfügungstheorie darin, 1. den neuen Schuldner in die Verbindlichkeit einzusetzen, und 2. den alten daraus zu entlassen. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Altschuldner oder der Übernehmer derjenige sein soll, welcher im Wege der Verfügung eines Nichtberechtigten das Recht des Gläubigers ausübt. In jedem Falle würde der Verfügende zum mindesten hinsichtlich eines Teiles der Verfügung zugleich auch Verfügungsempfänger sein. Wäre es der Übernehmer, so müßte er sich selbst in die Verbindlichkeit einsetzen, wäre es der Altschuldner, so müßte er sich selbst aus ihr entlassen. Darin liegt eine rechtliche Unmöglichkeit, ganz abgesehen davon, daß diese Methode nicht dem Willen der Parteien entspricht. Dasselbe gilt für den Fall, daß man behauptet, Altschuldner und Übernehmer verfügten gemeinsam über das Recht des Gläubigers; denn auch hier blieben beide zu einem Teil sowohl Verfügende als auch Verfügungsempfänger, es sei denn, daß man die in Frage stehende Verfügung in zwei selbständige Bestandteile, nämlich die Einsetzung des Neuschuldners und die Entlassung des Altschuldners zerlegt und jeden den ihn nicht betreffenden Teil vornehmen läßt. Eine solche Auffassung würde jedoch so künstlich sein, daß sie m. W. offen bisher noch nicht vertreten worden ist. Sie müßte überdies, wie auch die Ansicht, der Übernehmer verfüge allein, schon daran scheitern, daß sie niemals mit dessen Willen in Einklang zu bringen wäre. Denn Inhalt seiner Erklärung ist nur das Versprechen, die Schuld mit befreiender Wirkung, das Einverständnis des Gläubigers vorausgesetzt, zu übernehmen. Dagegen gibt es im Regelfall keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme, der Übernehmer wolle über das Recht des Gläubigers verfügen und als Nichtberechtigter den Altschuldner aus der Verbindlichkeit entlassen. Keine dieser drei Möglichkeiten, welche von den Anhängern der Verfügungstheorie vertreten werden, — ein Beweis dafür, daß in dieser Beziehung selbst unter ihnen eine bedenkliche Unsicherheit besteht — ist also imstande, die Zweifel hinsichtlich des Vorliegens einer Verfügung eines Nichtberechtigten zu zerstreuen. Einige Verfechter der herrschenden Meinung, wie z. B. Staudinger [65] und v. Gierke [66], geben sogar selbst zu, daß eine solche nicht vorliegen kann, wollen aber, da der Vorgang ihr ähnlich sei, die Vorschriften darüber entsprechend angewandt wissen. So erklärt Staudinger, der Vertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer berühre zwar die fremde

[65] § 415, Anm. II, 3.
[66] Seite 218.

Rechtssphäre, er sei aber keine Verfügung über das Recht des Gläubigers als fremdes Recht. Die Verfügung eines Nichtberechtigten unterscheide sich von der Verfügung des Berechtigten nur durch den Mangel der Berechtigung, habe aber sonst denselben Inhalt wie diese. Als Verfügung des Gläubigers komme die Entlassung des Altschuldners in Betracht. Der zwischen Alt- und Neuschuldner geschlossene Vertrag habe aber diese Entlassung noch nicht zum Inhalt. Der Schuldner verfüge nicht als Nichtberechtigter über das Recht des Gläubigers gegen sich selbst. Er sei sich nicht nur bewußt, daß dieser Entlassung erst noch die Genehmigung des Gläubigers nachfolgen müsse, sondern seine Willenserklärung habe auch die Entlassung des Schuldners gar nicht zum Inhalt. Ebensowenig enthalte die Erklärung des Neuschuldners ihrem Inhalt nach eine Verfügung über das Recht des Gläubigers. Diese Ausführungen Staudingers sind völlig zutreffend, und es ist ihnen vom Standpunkt der Angebotstheorie nichts hinzuzufügen. Verfehlt sind dagegen die weiteren Ausführungen Staudingers, der Vorgang sei jedoch der Verfügung eines Nichtberechtigten ähnlich, § 185 BGB. mithin entsprechend anwendbar. Daß diese Ähnlichkeit nicht besteht, wird sich weiter unten zeigen.

Jede Verfügung eines Nichtberechtigten setzt voraus, daß ein Berechtigter vorhanden ist, welcher die gleiche Verfügung mit der gleichen Wirkung auch selbst vornehmen könnte. Wenn mit anderen Worten im vorliegenden Falle der Altschuldner oder der Übernehmer oder beide über das Recht des Gläubigers dergestalt verfügen, daß sie durch den Abschluß ihres Vertrages in das Recht des Gläubigers eingreifen, so müßte für den Fall, daß der Gläubiger selbst den Schuldübernahme-Vertrag abschließt — also im Falle des § 414 — ebenfalls eine Verfügung seinerseits vorliegen. Deshalb handelt es sich nunmehr darum, die Rechtsnatur der in § 414 geregelten Schuldübernahme zu untersuchen. Sollte sich dabei ergeben, daß hier keine Verfügung, sondern eine reine Verpflichtung vorliegt, so entfiele damit ohne weiteres die Möglichkeit, in § 415 die Verfügung eines Nichtberechtigten zu erblicken.

In der Literatur wird die Frage nach der Rechtsnatur des in § 414 behandelten Schuldübernahmevertrages verschieden beantwortet. Es werden auch hier wiederum sämtliche nur möglichen Meinungen vertreten, nämlich 1., daß lediglich eine Verfügung, 2. daß lediglich ein Verpflichtungsvertrag und 3., daß beides zugleich vorliege [67]. M. E. ist die nach § 414 zwischen Gläubiger und Übernehmer zustandegekommene Schuldübernahme als rein obliga-

[67] Vgl. die Zusammenstellung bei Staudinger vor § 414, Anm. 1.

torischer Vertrag anzusehen. Um eine Verfügung kann es sich nicht handeln, weil der rechtliche Vorgang der Schuldübernahme mit deren Wesen nicht in Einklang zu bringen ist. Da der Begriff der „Verfügung" in sehr verschiedenem Sinne verwandt wird, — der Rechtsverkehr kennt privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Verfügungen, solche unter Lebenden und von Todes wegen —, fehlt es an einer gesetzlichen Begriffsbestimmung. Es blieb daher der Wissenschaft überlassen, aus der materiellen Regelung, welche das Gesetz jeder der verschiedenen Arten von Verfügungen angedeihen ließ, den jeweiligen Sinn, den es darunter verstanden wissen will, herauszufinden. Nach den gemeinsamen Merkmalen der an etwa 70 Stellen im BGB. erwähnten privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden — eine solche kommt im vorliegenden Falle in Betracht — ist man zu einer einheitlichen Definition gelangt, die heute von der bei weitem herrschenden Meinung vertreten wird. Nach ihr ist die privatrechtliche Verfügung unter Lebenden ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Gegenstand übertragen, belastet, aufgehoben oder sonst verändert wird, es sei denn, daß die Veränderung lediglich in einer Erweiterung oder Verstärkung besteht.

Bei dem Versuch, die Schuldübernahme unter den in dieser Weise bestimmten Begriff der Verfügung einzuordnen, liegt es nahe, als Gegenstand der Einwirkung die „Schuld" anzusehen mit der Behauptung, daß sie von dem Altschuldner auf den Übernehmer übertragen, über sie also verfügt werde. In der Tat wird eine entsprechende Ansicht von einigen Anhängern der Verfügungstheorie vertreten. So erklärt z. B. Unger[68]: „Der Gläubiger überträgt die Schuld von dem einen auf den anderen und dieser übernimmt sie." Bei den übrigen Anhängern der Verfügungstheorie liegt vielfach die gleiche Auffassung versteckt zu Grunde. Man betrachtet die Schuld, die „Passivseite der Obligation", als ein Objekt, welches ebenso wie die Aktivseite, die Forderung, dem freien Rechtsverkehr unterliege[69]. Rein formell bestehen allerdings bereits Bedenken, diese Auffassung mit der oben wiedergegebenen Definition der Verfügung in Einklang zu bringen. Denn die Bezeichnung „Gegenstand" umfaßt zwar als Sammelbegriff „Sachen" und „Rechte", nicht aber „Schulden". Darüber hat man sich jedoch hinweggesetzt, indem man insoweit entweder den Begriff des Gegenstandes oder die Definition erweiterte. Aber abgesehen von dieser nicht ganz einwandfreien Methode, ergibt eine weitere Überlegung, daß eine Übertragung von Schulden theoretisch undenkbar ist und die von ihr ausgehende Vorstellungsweise einen logischen Widerspruch in

[68] Seite 12, Anm. 32.
[69] Delbrück, S. 21.

sich schließt. Es ist unmöglich, sich einer Verpflichtung, der man unterworfen ist, einseitig dadurch zu entziehen, daß man sie auf einen anderen überträgt, selbst wenn dieser zur Übernahme bereit ist. Vielmehr ist es das Wesen jeder Verpflichtung, daß sie dem Verpflichteten ohne Rücksicht auf seinen Willen anhaftet und nur durch den Berechtigten von ihm gelöst werden kann. Der Schuldner kann sich ihrer nicht in der Weise entledigen, wie etwa der Gläubiger seiner Forderung, indem er sie einem bereitwilligen Dritten überträgt. Denn „Forderung und Schuld stehen in direktem Gegensatz zueinander als Recht und Pflicht. Recht aber ist Möglichkeit, Pflicht Notwendigkeit. Über die Möglichkeit ist man Herr, von der Notwendigkeit wird man selber beherrscht[70]". Die Schuld als etwas Negatives, als ein Minus, kann naturnotwendig einem Tun, welches positive Substanz voraussetzt, nicht unterliegen. Man kann, wie Bähr es einmal drastisch ausgedrückt hat, wohl einen Haufen hin- und herschieben, aber nicht ein Loch. (Allerdings darf man nicht mit Bähr daraus folgern, es gebe keine Schuldnachfolge, sondern lediglich, daß diese kein Verfügungs-, sondern ein Verpflichtungsgeschäft ist.) Deshalb läßt sich jeder Vorgang, welcher die Schuld irgendwie verändert erscheinen läßt, rechtlich nur erfassen, wenn man zugleich den positiven Gegenpol, nämlich die Forderung, von welcher die Schuld erzeugt ist, ins Auge faßt. Bei Erfüllung der Schuld beispielsweise wird man nicht sagen können, der Schuldner habe über seine Schuld verfügt, obwohl hier, rein praktisch gesehen, am allerstärksten auf die Schuld eingewirkt wird; lediglich die Annahme der Zahlung seitens des Gläubigers läßt sich als Verfügung auffassen, aber über die F o r d e r u n g. Selbst mit Einverständnis des Gläubigers läßt sich eine Schuld nicht „übertragen", da sie grundsätzlich nicht verfügungsfähig ist. V. Tuhr[71] hat recht, wenn er erklärt: „Durch eine Verfügung werden die Aktiva, nicht die Passiva des Vermögens betroffen." „Schulden sind keine Gegenstände", sagt Sohm[72], sie bilden vielmehr als die passiven Vermögensbestandteile die Gegensätze zu den Gegenständen und können deshalb auch nicht übertragen werden." Sohm weiß dies an Hand des Gesetzes in überzeugender Weise zu belegen. Aber gerade diese Betrachtung der Schuld als übertragbarer Gegenstand ist in der Tat die Grundvorstellung der Anhänger der Verfügungstheorie, wenn auch meistens die Verfügung über die F o r d e r u n g in den Vorder-

[70] Bruns, S. 515.

[71] Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts, S. 238, Anm. 10.

[72] Der Gegenstand, S. 24.

grund gestellt wird. Einige, z. B. Gürgens, Oertmann, Planck, auch Stammler, nähern sich rein äußerlich der bezeichneten Auffassung, indem sie von einer lediglich mittelbaren Beeinflussung des Forderungsrechtes des Gläubigers sprechen und als Gegenstand der direkten Einwirkung der Verfügung in erster Linie die Schuld ansehen. Daß jedoch die unrichtige Vorstellung von der Übertragbarkeit der Schuld auch bei den übrigen Anhängern der Verfügungstheorie in Wirklichkeit den Ausgangspunkt ihrer Theorie bildet, zeigt sich in der Wahl der Ausdrücke, mit denen der in § 414 geregelte Vorgang bezeichnet wird. Die von den Verfassern des Gesetzes gewählte Bezeichnung „Schuldübernahme" deutet bereits in diese Richtung und ist deshalb geeignet, falsche Vorstellungen zu erwecken. Noch unrichtiger ist es, von einer „Schuldübertragung" zu sprechen oder gar die Abmachung zwischen Altschuldner und Übernehmer als „Veräußerungsvertrag [73]" zu bezeichnen. Solcher Bezeichnungen kann sich nur derjenige bedienen, welcher die Vorstellung hat, eine Verbindlichkeit könne wie eine Sache oder ein Recht rechtsgeschäftlich übertragen werden, ein, wie oben gezeigt wurde, unmöglicher Gedanke. Man sollte daher die Bezeichnungen „Schuldübernahme" und „Schuldübertragung" aus diesem Grunde vermeiden und die bessere Bezeichnung „Schuldeintritt", welche Jung vorschlägt, oder etwa „Schuldnachfolgevertrag" wählen, also Ausdrücke, die nicht wie die ersteren die Gefahr in sich bergen, in einen falschen Gedankengang zu geraten. Die vorliegende Abhandlung hält nur deswegen an der Bezeichnung „Schuldübernahme" fest, weil sie die gesetzliche und deshalb die einzige ist, unter der bisher das zu behandelnde Institut allgemein bekannt ist.

Der Vorgang der Schuldübernahme darf demnach nicht auf die Schuld abgestellt werden, die nicht Gegenstand des rechtsgeschäftlichen Verkehres sein kann. Vielmehr muß bei Prüfung der Rechtsnatur der Schuldübernahme ausschließlich von der Aktivseite, der Forderung, ausgegangen werden. Es erhebt sich daher weiter die Frage, ob etwa durch die Schuldübernahme über die Forderung verfügt wird, d. h. ob diese laut der oben gegebenen Begriffsbestimmung eine Veränderung erleidet, welche nicht lediglich in einer Erweiterung oder Verstärkung besteht. Diese Frage scheint zunächst bejaht werden zu müssen. Denn in der Tat wird durch die Schuldübernahme recht erheblich in die Gläubigersphäre eingegriffen. (Aus diesem Grunde ist ja z. B. im Falle des § 415 das Einverständnis des Gläubigers zur Befreiung unbedingt erforderlich, wenn es auch nach der Verfügungstheorie erst nachträglich ein-

[73] Mot. S. 143.

geholt zu werden braucht.) Jeder Schuldnerwechsel berührt eben die Interessen des Gläubigers in so hohem Maße, daß er diesem gegen seinen Willen nicht zumutbar ist. Daraus könnte man — mit der Verfügungstheorie — schließen, daß die mit wirksam erfolgter Schuldübernahme eingetretene Änderung in der Person des Schuldners eine Veränderung des Forderungsrechts selbst darstelle. Bei näherer Betrachtung ergibt sich jedoch, daß diese Folgerung unrichtig ist. Denn trotz befreiender Schuldübernahme bleibt die Forderung des Gläubigers, soweit ihr rechtlicher Bestand in Frage steht, genau derselbe. Die Anhänger der Verfügungstheorie lassen sich irreführen durch die Veränderungen, welche in praktischer und wirtschaftlicher Hinsicht infolge des Schuldnerwechsels eintreten, und die in der Tat sehr erheblich sind oder es wenigstens sein können. Darauf kommt es jedoch nicht an. Vielmehr müßte sich, um das Vorhandensein einer Verfügung erweisen zu können, ergeben, daß auf das Forderungsrecht als solches, auf seine rechtliche Struktur, in irgendeiner Weise eingewirkt wird, daß, rein rechtlich betrachtet, dieses Forderungsrecht in seinem Bestande oder seinem Inhalte nach eine Veränderung erleidet. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn die Forderung ist nach heutiger Rechtsauffassung nicht mehr wie die Obligation des römischen Rechtes an das Vorhandensein eines bestimmten Gläubigers und Schuldners gebunden. Sie ist nicht mehr das alte „iuris vinculum", sondern führt ein von dem Individuum losgelöstes, eigenes Dasein; es ist lediglich erforderlich, daß irgendein Gläubiger vorhanden ist, welchem sie zusteht, sowie irgendein Schuldner, gegen den sie sich richtet. Erst nachdem man sich von der alten Vorstellung des „iuris vinculum" losgelöst hatte, kam man überhaupt dazu, zunächst von einem Wechsel der Person auf der Gläubigerseite, einer Zession, und dann später von einem solchen auf der Schuldnerseite, einer Schuldübernahme, zu sprechen. Die Forderung als solche wird nach dem geltenden Recht lediglich bestimmt 1. durch ihren Inhalt und 2. durch das Vorhandensein eines Gläubigers und eines Schuldners, ohne daß es einer genaueren Individualisierung letzterer bedürfte. Hat G 1 beispielsweise gegen A 1 eine Forderung von 1000 RM, zahlbar am 1. 1. 1936 und verzinslich mit 5 %, so bleibt die Forderung nach einer Zession in der Hand des G 2 — das ist gerade einerseits Voraussetzung, andererseits Zweck der Abtretung — genau dieselbe wie vorher bei G 1. Nach wie vor haben wir es zu tun mit dieser ganz bestimmten, mit 5 % zu verzinsenden und am 1. 1. 1936 zahlbaren Forderung von 1000 RM. Die Forderungsabtretung ist daher nicht etwa deshalb Verfügungsgeschäft, weil durch sie die Forderung verändert würde, sondern

deshalb, weil hier ein Recht übertragen wird. Nicht anders verhält es sich in dieser Beziehung bei einem Wechsel der Person auf der Passivseite. Hat G 1 obige Forderung gegen A 1 und nimmt er nun statt des A 1 den A 2 zum Schuldner an, so bleibt die Forderung völlig unverändert. Wenn auch beispielsweise A 2 zahlungsfähiger bzw. zahlungsunfähiger als A 1 ist, bleibt doch der rechtliche Bestand der Forderung davon unberührt und unverändert, eine Tatsache, welche auch hier wiederum sowohl Voraussetzung als auch Zweck des ganzen Vorganges ist. Nach wie vor hat G 1 die rechtliche Möglichkeit, am 1. 1. 1936 die Zahlung von 1000 RM sowie für die Zwischenzeit 5 % Zinsen zu verlangen. Sein rechtliches Können ist dadurch, daß er dies nicht mehr von A 1, sondern nur von A 2 verlangen kann, weder größer noch kleiner geworden. Selbst wenn auf beiden Seiten ein mehrmaliger Wechsel der Personen eintritt, bleibt die ursprüngliche Forderung ein- und dieselbe. Diese Auffassung wird auch im Schrifttum vielfach vertreten. So sagt Windscheid [74]: „Die Obligation erleidet durch den Wechsel des Schuldners, wenngleich keine Änderung ihres juristischen Bestandes, so doch möglicherweise eine bedeutende Änderung ihres ökonomischen Wertes.“ Desgleichen führt Dernburg [75] aus: „Das Forderungsrecht bleibt bestehen, der Schuldner wechselt. Es wird aus dem ursprünglichen Geschäft geklagt, die Schuldübernahme bestimmt nur die Passivlegitimation.“ Ebenso erklärt Bruns [76]: „Nach dem modernen Recht ist ein vollständiger, subjektiver Eintritt in die Obligation ohne alle Änderung ihres objektiven Bestandes möglich.“ Schließlich betont schon Menzel [77], daß der neue Schuldner nicht nur inhaltlich gleich verpflichtet sein wolle, sondern auch der Rechtsgrund der Obligation sich nicht geändert habe.

Bei der — oben getroffenen — Feststellung, nach welcher das Forderungsrecht des Gläubigers durch die Schuldübernahme keine Veränderung seines rechtlichen Bestandes erleidet, lege ich die Auffassung zu Grunde, daß die sogenannte „Haftung [78]“ nicht als Bestandteil der Verbindlichkeit anzusehen ist, sondern daß deren Inhalt sich in dem persönlichen Verpflichtetsein des Schuldners zur Leistung erschöpft. Die Frage nach dem Verhältnis zwischen

---

[74] Seite 369, Anm. 4.

[75] Pandekten, S. 147.

[76] Seite 516.

[77] Seite 598.

[78] Der Begriff der „Haftung“ wird sowohl im Gesetz als auch im Schrifttum in verschiedenem Sinne gebraucht. In dem hier behandelten Zusammenhang ist darunter die Bereitschaft des Schuldnervermögens für den Zugriff des Gläubigers zu verstehen.

„Schuld" und „Haftung" ist allerdings sehr bestritten. Neben den beiden gegensätzlichen Meinungen, welche jeweils ausschließlich die Schuld oder die Haftung als alleinigen Inhalt der Verbindlichkeit anerkennen, werden noch zahlreiche vermittelnde Ansichten vertreten [79]. Es ist jedoch nicht möglich, den gesamten Fragenkomplex an dieser Stelle nach jeder Richtung hin eingehend zu untersuchen und zu den einzelnen Theorien Stellung zu nehmen. Eine solche umfangreiche Untersuchung würde den Rahmen dieser Abhandlung weit überschreiten. Das zur Rechtfertigung meiner oben bezeichneten Auffassung Wesentliche muß jedoch kurz ausgeführt werden:

Letzten Endes entscheidend für die der vorliegenden Abhandlung zur Aufgabe gestellte Prüfung der Rechtsnatur der Schuldübernahme nach § 415 BGB. ist die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis zwischen Schuld und Haftung nicht. Denn auch wenn man die Haftung als zum Inhalt der Verbindlichkeit gehörig ansieht, ist die Angebotstheorie, die hier vertreten wird, dadurch keineswegs in Frage gestellt. Das beweist die Stellungnahme Boehmers, der einerseits einer der entschiedensten Verfechter der Angebotstheorie ist [80] und andererseits mit Nachdruck die Ansicht vertritt, daß neben der Leistungspflicht des Schuldners auch die Haftung als zweiter Bestandteil zum Inhalt der Verbindlichkeit gehört [81], [82]. Mit der Angebotstheorie in ähnlicher Weise vereinbar wäre es auch noch, wenn man sich der Auffassung anschließen wollte, nach welcher das Wesen der Verbindlichkeit ausschließlich oder doch jedenfalls vorwiegend in der Haftung zu erblicken ist. Allerdings dürfte diese letztere, m. E. restlos abzulehnende Ansicht — wie sie etwa von Binder [83] vertreten wird —, wohl kaum noch ernsthaft aufrechtzuerhalten sein. Ich verweise hierzu auf die Widerlegung der Binderschen Lehre durch Boehmer [84].

Wesentlich ist die bezeichnete Frage dagegen für den Weg, welchen man zur Rechtfertigung der Angebotstheorie beschreitet. In-

---

[79] Vgl. die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen bei des Erblassers auf den Erben" und „Der Erfüllungswille". Einzelheiten vgl. unten.

[80] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme."

[81] „Erbfolge und Erbenhaftung", „Der Übergang des Pflichtlebens Boehmer „Der Erfüllungswille", S. 19 u. 20.

[82] Boehmer erblickt als Anhänger der Angebotstheorie in der Vereinbarung nach § 415 eine lediglich zwischen Altschuldner und Übernehmer obligatorisch wirkende Vorbereitung zur endgültigen Befreiung, sieht aber, wenn diese durch Vertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger wirksam eintritt, darin ein Verfügungsgeschäft.

[83] „Zur Lehre von Schuld und Haftung", Iherings J., Bd. 77/78.

[84] „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben", S. 219 ff.

folgedessen ist es erforderlich, auf die von Boehmer vertretene Auffassung über das Verhältnis zwischen Schuld und Haftung näher einzugehen:

Nach Boehmer [85] gehört neben der Schuld im Sinne des „Leistensollens“, bei welcher er wiederum die eigentliche Erfüllungspflicht und die sogenannte Einstandspflicht, d. h. die Pflicht des Schuldners, die Folgen etwaiger Nicht- oder Schlechterfüllung usw. auf sich zu nehmen, unterscheidet, auch die Haftung zum Inhalt der Verbindlichkeit. Er versteht dabei unter „Haftung“ die Unterworfenheit des gesamten (gegenwärtigen und zukünftigen) Schuldnervermögens, bzw. ausnahmsweise der Schuldnerperson, unter das Zwangsbefriedigungsrecht des Gläubigers [86]. Sie unterscheidet sich nach ihm von der Schuld, abgesehen davon, daß diese sich gegen die Person des Schuldners, jene aber — außer in einigen Ausnahmefällen — gegen das Schuldnervermögen richtet, vor allem auch durch ihren abweichenden Inhalt [87] Boehmer führt hierzu etwa folgendes aus [88]:

Wenn sich der Schuldner gefallen lassen müsse, daß ihm zur Befriedigung von Geldschulden andere Vermögensgegenstände entzogen und zugunsten des Gläubigers verwertet würden, so sei er als Leistungsschuldner weder zu eigener Vornahme noch zur Duldung solcher Vermögensminderungen verpflichtet gewesen. Ebensowenig brauche ein Schuldner, der vertretbare Handlungen zu leisten habe, nach materiellem Recht zu dulden, daß der Gläubiger diese Handlungen auf seine Kosten selbst vornehme, oder durch einen Dritten vornehmen lasse — von seltenen Ausnahmen wie § 538, Abs. 2 und 633, Abs. 3 BGB. abgesehen —, während § 887 ZPO. dem vollstreckenden Gläubiger diese Befugnis allgemein gebe und ihm nötigenfalls sogar Gewaltanwendung erlaube (§ 892 ZPO.). Ebenso verhalte es sich aber auch bei den §§ 888, Abs. 1, 889, Abs. 2 und 890 mit 892. Die Duldung der Zwangs- oder Reaktionsmittel sei niemals Inhalt der materiellen Schuldpflicht, insbesondere auch dann nicht, wenn diese ihrerseits schon auf Duldung einer Handlung des Gläubigers gerichtet sei. Wenn ferner der Gläubiger zur Durchführung der Selbsthilfe gemäß § 229 BGB. andere als die ihm vom Schuldner herauszugebenden Sachen zerstöre oder beschädige oder zur Sicherung einer Vermögensvoll-

[85] Vgl. zum folgenden: Boehmer „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben“, S. 231 ff., „Erbfolge und Erbenhaftung“, S. 64 ff. und „Der Erfüllungswille“, S. 19 ff.

[86] „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben“, S. 232.

[87] a. a. O., S. 233.

[88] a. a. O., S. 234 ,235.

streckung den fluchtverdächtigen Schuldner festnehme, so seien das Eingriffe, die zu dulden der Inhalt der Leistungspflicht diesem sicherlich nicht auferlege. Auch bei der Aufrechnung sei die Vernichtung der Gegenforderung des Schuldners, die der aufrechnende Gläubiger herbeiführe, nicht die Leistung, zu der der Schuldner verpflichtet gewesen sei, sondern ein ihm aufgezwungener Ersatz.

Boehmer verkennt jedoch keineswegs, daß die praktische Verwirklichung des Haftungsinhalts regelmäßig nicht der bloßen privaten Tätigkeit des Berechtigten anvertraut ist [89]. Nur ausnahmsweise sei, so führt er aus [90], der Gläubiger zu einem Zugriff auf das Schuldvermögen durch eigene Handlung ohne staatliche Hilfe befugt, beispielsweise in den Notfällen der §§ 229, 561, Abs. 1, 704, 859, Abs. 2—4 und in dem Sonderfall des § 1003 BGB. Bei der Selbsthilfe des § 229 BGB. diene überdies die private „Wegnahme von Sachen", sofern nicht schon der materiellrechtliche Anspruch auf Herausgabe gehe, nur der Sicherung der Befriedigung und bedürfe der Überleitung in das gerichtliche Vollstreckungs- oder Arrestverfahren (§ 230, Abs. 2 und 4).

Bei der Selbsthilfe des Vermieters nach § 561, Abs. 1 sei die Besitznahme der eingebrachten Sachen des Mieters zwar eine Selbstverwirklichung des dem Vermieter kraft seines Pfandrechts zustehenden Herausgabeanspruchs, sie führe aber nur eine Befestigung des bisher besitzlosen Pfandrechts herbei, und erst die Pfandverwertung diene der Zwangsbefriedigung der Vermieteransprüche. Lediglich die Aufrechnung (§ 387 BGB.) sei, vom Standpunkt des Gläubiger aus betrachtet, ein echter Fall einer privaten Eigenbefriedigung aus einem Vermögensgegenstand des Schuldners. Denn indem der aufrechnende Gläubiger die Gegenforderung des Schuldners zum Erlöschen bringe, greife er in dessen Vermögen ein. Und da er dadurch zugleich sich selbst von einer Schuld befreie, so erlange er seinerseits einen Vermögenszuwachs, der, als Ersatz für Barzahlung des Schuldners, seine eigene Forderung in entsprechender Höhe befriedige. Diese Funktion der Aufrechnung als Selbstvollstreckung in das Schuldnervermögen sei Verwirklichung der Haftung, nicht der Schuld. Aber von diesen Ausnahmen privater Vollstreckung abgesehen, bedürfe die Ausübung des Zugriffsrechts des Gläubigers grundsätzlich staatlicher Hilfshandlungen [91]. Nichtsdestoweniger sei diese Befriedigungsbefugnis — zwar nicht begriffsnotwendiger (§ 888, Abs. 2 ZPO.) aber regelmäßig

---

[89] „Erbfolge und Erbenhaftung", S. 76.

[90] a. a. O., S. 76 ff.

[91] Vgl. zum folgenden auch „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben", S. 233.

potentieller — Rechtsinhalt der privatrechtlichen Verbindlichkeit und dürfe als solcher nicht verwechselt werden mit dem publizistischen Rechtsschutzanspruch des Gläubigers gegen den Staat auf Vornahme der Vollstreckungshandlungen, der erst durch das Vollstreckungsbegehren ausgeübt werden müsse, um die staatliche Tätigkeit in Bewegung zu setzen. Sie richte sich als Befugnis des Gläubigers, dem Schuldner Vermögensstücke zu entziehen, sie zu verwerten und den Erlös in sein eigenes Vermögen zu überführen, unmittelbar gegen den Schuldner selbst und sei daher Bestandteil des privatrechtlichen Anspruchs. Der öffentlichrechtliche Vollstreckungsanspruch dagegen sei nur das Mittel zur Verwirklichung des Haftungsinhalts der privatrechtlichen Verbindlichkeit. Jener verhalte sich zu diesem wie das Klagerecht zur Schuld.

Boehmer betont jedoch weiterhin mit ganz besonderem Nachdruck[92], daß Hauptinhalt der Verbindlichkeit die Leistungspflicht — in seltenen Fällen sogar der einzige Inhalt — sei und die Haftung nur als subsidiäres und erst beim Versagen freiwilliger Realisierung der Erfüllungs- oder Einstandspflicht eingreifendes Sicherungsmittel dem Leistensollen zugeordnet sei. Die Verbindlichkeit sei ihrem wesentlichen Inhalt nach nicht Vermögenshaftung, sondern Leistungspflicht der Schuldnerperson und als solche in ihrer Entstehung und in ihrem Umfang, in ihrem Übergang und in ihrem Untergang nicht an das Vermögen, sondern an die Person des Schuldners geknüpft. Nur solange und soweit die Leistungspflicht bestehe, sei ihr die potentielle Haftung des Gesamtvermögens des Schuldners als Akzessorium zugeordnet. Die privatrechtliche Schuld sei wie jede Rechtspflicht ein Richtmaß für menschliches Verhalten, für Tun oder Unterlassen, sie wende sich stets an den menschlichen Willen; die Haftung stehe nur in ihrem Dienste und sei von ihr abhängig; sie bestehe nur deshalb und dauere solange, weil und solange die Leistungspflicht existiere. Dies gelte allerdings im manigfaltigen Geltungsgebiet des Schuldrechts nicht bei allen Schuldverhältnissen im gleichen Maße. So bestehe beispielsweise zwischen der mit einem Inhaberpapier verkörperten Geldzahlungspflicht und etwa der Verpflichtung eines Künstlers, ein Werk zu schaffen, insoweit ein erheblicher Unterschied.

Wenn ich gegenüber diesen sehr beachtlichen Ausführungen Boehmers dennoch meinen oben bezeichneten Standpunkt aufrechterhalte, daß die Haftung nicht zum Inhalt der Verbindlichkeit ge-

[92] Vgl. „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben“, insbesondere S. 238, 241—247, „Erbfolge und Erbenhaftung“, insbesondere S. 64 ff. (68), 94, 95.

höre, so glaube ich, mich gleichwohl nicht allzu weit von der Meinung Boehmers zu entfernen, vielmehr mich sogar zum größten Teil auf deren Grundlagen stützen zu können. Denn da auch Boehmer in der Haftung nur einen sekundären und von der Schuld in jeder Beziehung abhängigen Bestandteil der Verbindlichkeit erblickt, so bedeutet es nur einen kleinen Schritt weiter, wenn ich mich derjenigen Auffassung anschließe, welche dahin geht, daß die Haftung nicht mehr zum Inhalt der Verbindlichkeit gehört, sondern lediglich als deren Folge anzusprechen ist [93]. Ich befinde mich dabei mit Boehmer insbesondere insoweit völlig im Einklang, als ich, ihm folgend, der Ansicht bin, daß das Wesen der schuldrechtlichen Verbindlichkeit im Gegensatz zur dinglichen Belastung durch das sich an den Willen des Schuldners wendende Leistensollen bestimmt wird [94], und alle diejenigen Auffassungen ablehne, nach welchen die Verbindlichkeit etwa als negativer Bestandteil oder pfandähnliche Belastung des Schuldnervermögens gedacht wird [95]. Und weiterhin stimme ich Boehmer zu, wenn er — in der Abwehr solcher Auffassungen, die in der Haftung den ausschließlichen oder doch wenigstens vorwiegenden Inhalt der Verbindlichkeit erblicken, — u. a. auf folgende Gesichtspunkte hinweist: Zunächst: Die Verbindlichkeit ist in jeder Beziehung unabhängig davon, ob der Leistungsgegenstand überhaupt zum Vermögen des Schuldners gehört oder, ob er, wenn dies der Fall ist, nachträglich in das Vermögen eines Dritten übergeht; denn ein Verkäufer, Vermieter, Verpächter usw. ist und bleibt — mit seltenen Ausnahmen — auch dann zur Leistung verpflichtet, wenn das Schuldobjekt ihm nicht oder nicht mehr gehört [96]. Auch für die rechtswirksame Erfüllung der Verbindlichkeit ist es gleichgültig, ob die Leistungsmittel aus dem Vermögen des Schuldners oder dem eines Dritten geschöpft werden, sofern nur dem Gläubiger der geschuldete Erfolg verschafft wird (§§ 267 und 362 BGB.[97]). Die Erfüllung ist nicht Lösung der Haftung, sondern Verwirklichung der Leistungspflicht; erst als Folge der Realisierung des Sollensinhaltes der Verbindlichkeit tritt auch eine Aufhebung der Haftung ein, weil letztere überflüssig wird, wenn bereits die Leistungspflicht den erstrebten Erfolg herbei-

[93] Vgl. Enneccerus-Lehmann, S. 302 (zur Lehre Strohals).

[94] Vgl. hierzu Boehmer, insbes. „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben", S. 241 und „Erbfolge u. Erbenhaftung", S. 94.

[95] „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben", S. 239 ff.

[96] a. a. O., S. 242, 243 und „Erbfolge und Erbenhaftung", S. 93, 94.

[97] „Der Übergang des Pflichtlebens des Erblassers auf den Erben", S. 246.

führt[98]. Weiterhin ist festzustellen, daß nicht das Vermögen die Haftung trägt und als deren Ausfluß die Schuld, sondern im Gegenteil zieht, wie sich gerade aus dem hier besonders interessierenden Beispiel der Schuldübernahme ergibt, die Leistungspflicht, wenn ein neuer Schuldner in sie eintritt, auch die Haftung seines gesamten Vermögens nach sich[99]. Beispielsweise ist auch die Übernahme einer Bereicherungsschuld völlig unabhängig davon, ob der Übernehmer gleichzeitig auch den Gegenstand der Bereicherung erwirbt oder nicht[100]. Schließlich müßte bei der gegenteiligen Meinung, welche die Haftung als den entscheidenden Bestandteil der Verbindlichkeit ansieht, die Erbenhaftung stets auf das mit dem Tod des Erblassers abgeschlossene Vermögen des Erblassers gegenständlich beschränkt sein[101]. Sie ist es aber in Wirklichkeit grundsätzlich nicht. Wesentlich erscheint mir endlich auch in diesem Zusammenhang der Hinweis Boehmers[102], daß das Vermögen als Haftobjekt in der geschichtlichen Entwicklung an die Stelle der Schuldnerperson getreten ist. Denn diese Tatsache, daß ursprünglich die Schuldverstrickung ausschließlich die Person des Schuldners, nicht auch sein Vermögen betraf, ist Veranlassung genug dafür, auch heute bei Prüfung des Wesens der Verbindlichkeit in erster Linie von der rechtlichen Gebundenheit der Schuldner*person* auszugehen.

Bei dieser weitgehenden Übereinstimmung in der Grundauffassung unterscheiden sich m. E. die Meinung Boehmers und diejenige, welcher ich mich anschließen möchte, nur noch gradmäßig voneinander durch das Maß an Bedeutung, welches jeweils die eine und die andere der Subsidiarität der Haftung beilegt. Während Boehmer die Haftung immerhin noch als Bestandteil der Verbindlichkeit gelten läßt, sieht die hier vertretene Auffassung deren Abhängigkeit vom Bestehen der Leistungspflicht einerseits und die Unabhängigkeit ihrer Entstehung und ihres Fortbestehens vom Schuldnervermögen andererseits als so entscheidend an, daß sie ihr Vorhandensein nur noch als bloße Folge einer wirksam bestehenden Leistungspflicht zu deuten vermag, ebenso wie das *Erlöschen* der Leistungspflicht den *Fortfall* der Haftung unmittelbar zur Folge hat. Gewiß hat allerdings Boehmer wiederum recht, wenn er betont, daß die Subsidiarität der Haftung nicht bei allen Schuldverhältnissen in gleichem Maße gelte. Jedoch steht — im Gegen-

[98] a. a. O., S. 237, vgl. auch „Der Erfüllungswille", S. 21, 22.
[99] a. a. O., S. 241.
[100] a. a. O., S. 245.
[101] „Erbfolge und Erbenhaftung", S. 92.
[102] a. a. O., S. 70.

satz zur dinglichen Belastung — auch in denjenigen Fällen, in welchen das Schuldverhältnis eine weitgehende Entpersönlichung erfahren hat — etwa bei einer Wechselverpflichtung — gerade auf der Schuldnerseite die Person des betreffenden Rechtsteilnehmers immerhin noch im Vordergrund. Das „Sollen" des Schuldners ist auch hier gegenüber der Zugriffsbereitschaft seines Vermögens sowohl für die Entstehung als auch — und das ist vom praktischen Gesichtspunkt aus besonders wichtig — für den Fortbestand der Verbindlichkeit ausschlaggebend. Die Verbindlichkeit entsteht und bleibt bestehen unabhängig davon, ob für die Haftung überhaupt eine Grundlage gegeben, d. h. ob und in welcher Höhe ein ausreichendes Schuldnervermögen vorhanden ist, während auf der anderen Seite die Haftung, wie immer, nur besteht, wenn die persönliche Leistungspflicht wirksam existiert, aber sofort entfällt, wenn letztere erlischt.

Die hier vertretene Auffassung glaubt also, allgemein das willensbindende Leistensollen als alleinigen Inhalt der Verbindlichkeit ansprechen zu können. Alle Zwangsbefriedigungsmöglichkeiten und Reaktionsmittel sind nach ihr nicht Ausfluß eines privatrechtlichen Haftungsinhalts der Verbindlichkeit, sondern bestehen deshalb, weil sie ausdrücklich vom Gesetz als Folgen an das als bestehend vorausgesetzte Schuldverhältnis geknüpft werden. In der Tat dürfte keine der in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen zwingend für die Annahme eines Haftungsbestandteils der Verbindlichkeit sprechen, auch nicht diejenigen, welche selbst privatrechtlicher Natur sind und daher am besten geeignet wären, das Vorhandensein der Haftung i. S. ihrer Bestandteilseigenschaft darzutun. Das gilt zunächst insbesondere hinsichtlich der Selbsthilfe, die, wie auch Boehmer hervorhebt, nur Sicherungs-, nicht Erfüllungstendenz hat, weiterhin aber auch für die Aufrechnung. Denn die Aufrechnungsmöglichkeit wohnt nicht jedem Schuldverhältnis ohne weiteres inne, sie ist vielmehr nur in beschränktem Umfange unter ganz bestimmten Voraussetzungen möglich. (Gegenseitigkeit [§ 387], Gleichartigkeit [§ 387], Fälligkeit [§ 387] und Einredefreiheit [§ 390] beider Forderungen sowie Pfändbarkeit der Gegenforderung [§ 394]; weiterhin ist erforderlich, daß die Aufrechenbarkeit nicht durch Parteivereinbarung ausdrücklich oder stillschweigend ausgeschlossen [§ 391, Abs. 2], die Gegenforderung nicht eine solche aus unerlaubter Handlung ist [§ 393] und bei Forderungen des Staates Kassengleichheit besteht [§ 395].) Nach der hier vertretenen Auffassung gilt also auch für die Aufrechnungsmöglichkeit das, was bereits oben allgemein ausgeführt wurde: Sie besteht nicht an sich als Ausfluß eines etwaigen Haf-

tungsinhalts des Schuldverhältnisses, sondern deshalb, weil sie ausdrücklich im Gesetz für besondere Fälle als Erfüllungsersatz zugelassen ist. — Vor allem bestimmt aber auf der anderen Seite § 241 BGB. den Inhalt des Schuldverhältnisses lediglich dahin, daß der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Es ist nun zwar richtig, daß dieser eine Rechtssatz nicht ausschließlich zur Begriffsbestimmung des Schuldverhältnisses herangezogen werden kann. (Schon der nächstfolgende § 242 ergänzt ihn beispielsweise.) Er ist aber infolge seiner zweckbetonten Normierung als Obersatz und seines insoweit in sich abgeschlossenen und voraussetzungslosen Inhalts von grundlegender Bedeutung. Und diese Bedeutung wird durch seine Stellung im System der Rechtssätze noch ganz besonders unterstrichen. Denn § 241 steht als Obersatz im ersten Abschnitt innerhalb der Ordnung des Rechts der Schuldverhältnisse, der die ausdrückliche Bezeichnung „Inhalt der Schuldverhältnisse“ trägt und sich lediglich in die beiden Titel „Verpflichtung zur Leistung“ und „Verzug des Gläubigers“ gliedert. Dieser technische Gesichtspunkt ist natürlich keineswegs unbedingt ausschlaggebend. Andererseits findet sich jedoch eine ähnliche Bestimmung, die mit gleicher Klarheit etwa den Begriff der Haftung umreißen und sie dem Inhalt des Schuldverhältnisses zuordnen würde, weder in diesem, von dem Inhalt der Schuldverhältnisse handelnden Abschnitt noch sonstwo im Gesetz. Mangels einer solchen entgegenstehenden Bestimmung sieht sich deshalb die hier vertretene Auffassung veranlaßt, den Standpunkt, daß die Haftung nicht Inhalt, sondern Folge des Schuldverhältnisses ist, als im Gesetz begründet anzusehen.

Es ist demnach nicht möglich, den Vorgang der Schuldübernahme unter die bezeichnete Begriffsbestimmung der Verfügung einzuordnen. Es mag Verfügungen geben, durch welche ein Recht in solcher Weise verändert wird, daß es nicht lediglich erweitert oder verstärkt wird; es ist dabei etwa an die Einräumung eines geringeren Ranges für eine bereits eingetragene Hypothek oder auch an die Abrede, daß sie Verkehrs-, statt Sicherungshypothek sein soll, zu denken. Die Schuldübernahme fällt jedoch nicht unter diese Kategorie. Denn durch sie erfolgt nicht wie in den beiden genannten Fällen eine inhaltliche Veränderung des der Verfügung unterliegenden Rechtes. Die Forderung nimmt zwar nach erfolgtem Schuldnerwechsel eine neue Richtung ein. Diese Veränderung der Zielrichtung ist aber, obwohl sie, wirtschaftlich betrachtet, für den Gläubiger von allergrößter Bedeutung sein kann, rein rechtlich gesehen ohne Belang. Die Frage nach dem Namen des Schuldners erhebt sich erst dann, wenn die wirtschaftliche Brauchbarkeit einer

Forderung geprüft werden soll. Für deren rechtlichen Bestand spielt sie keine Rolle. Es ist vielmehr gerade Voraussetzung einer wirksamen Schuldübernahme, daß ein- und dieselbe Forderung ohne jede Veränderung von dem alten auf den neuen Schuldner übergeht. Dies zeigt sich am deutlichsten, wenn es sich um höchstpersönliche Forderungen handelt; bei diesen kann eine Schuldübernahme gerade deswegen nicht erfolgen, weil durch einen Wechsel in der Person des Schuldners ihr Inhalt sich ändern würde. Nur dann ist eine Forderung zur Schuldübernahme überhaupt geeignet, wenn sie in jeder Beziehung unabhängig von dem Träger der von ihr erzeugten Verpflichtung ist.

Der Unterschied zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Sphäre wird vielfach offensichtlich verkannt. So erklärt beispielsweise v. Gierke[103]: „Die Schuld bleibt als solche inhaltlich dieselbe. Freilich wird sie dadurch, daß sie ein anderes Subjekt empfängt, irgendwie verändert. Und diese Änderung wird, wie wir sehen werden, stets als rechtlich erheblich behandelt. Allein sie ist nicht wesentlich und darum kein Identitätshindernis.“ Einerseits soll also nach der Auffassung v. Gierkes die „Schuld als solche“ dieselbe bleiben, andererseits aber „irgendwie verändert“ werden, einerseits soll diese Änderung „rechtlich erheblich“ und andererseits wiederum „nicht wesentlich“ sein. Die Unklarheit wäre vermieden, wenn Gierke das „irgendwie“ der Veränderung als das bezeichnet hätte, was es in Wahrheit ist, nämlich als das wirtschaftliche und praktische Moment bei der Schuldübernahme im Gegensatz zu dem rechtlichen. An anderer Stelle erkennt v. Gierke dies selbst[104], allerdings ohne die Konsequenz daraus zu ziehen. Dort sagt er, es handele sich um eine Verfügung über die Forderung des Gläubigers. Die Schuld als solche erfahre durch den Wechsel ihres Subjekts eine für den Gläubiger erhebliche Veränderung. Denn die Individualität des Schuldners sei, auch wenn sie für den Inhalt des Leistensollens nicht bestimmend sei, doch für dessen Realisierung niemals bedeutungslos. Ganz bedeutungslos sei freilich auch niemals die Individualität des Gläubigers für die Forderung. V. Gierke gibt also selbst ein Gegenargument. Es müßte nämlich, wenn seine Ausführungen zuträfen, auch bei der Zession eine Veränderung der Forderung eintreten, weil auch die Person des Gläubigers niemals ganz unwesentlich für den Schuldner ist. In Wirklichkeit handelt es sich hier wie dort lediglich um die „Realisierung“, d. h. die wirtschaftliche Seite der Forderung und nicht um deren rechtlichen Bestand. Den praktischen Gesichtspunkt der Verschiebung der

[103] „Schuldnachfolge und Haftung“, S. 48.
[104] Seite 51.

Lage in wirtschaftlicher Hinsicht hat das Gesetz zum Anlaß genommen, eine Schuldübernahme ohne Einverständnis des Gläubigers nicht zuzulassen, indem es — nach der hier vertretenen Ansicht — in jedem Falle zu ihrer Vornahme einen Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer verlangt.

Nach einer vielfach vertretenen Auffassung kann sogar von einer Verfügung nur gesprochen werden, wenn ein Rechtsgeschäft vorliegt, welches für den Verfügenden eine Minderung seines rechtlichen Könnens enthält. Diese Ansicht hat eine gewisse Berechtigung für sich. Denn es ergibt sich, daß innerhalb der wenigen Bestimmungen, in welchen das Gesetz nicht nur von einer Verfügung *spricht*, sondern auch auf ihren *Inhalt* schließen läßt — z. B. in den §§ 353 (Veräußerung bzw. Belastung eines Gegenstandes mit dem Rechte eines Dritten), 1074 (Einziehung einer Forderung, Kündigung), 1124 (Einziehung bzw. Übertragung der Miet- und Pachtzinsforderung), 1165 (Verzicht auf eine Hypothek, Aufhebung einer Hypothek durch Rechtsgeschäft, Einräumung eines Vorranges), 1282 (Einziehung einer Forderung), 1446 (Erfüllung eines Schenkungsversprechens), 2375 BGB. (Veräußerung, Belastung), Art. 97 EGBGB. (Übertragung und Belastung einer Buchforderung) — in jedem Falle ein Rechtsgeschäft vorliegt, welches für den Verfügenden eine Minderung seines rechtlichen Könnens bedeutet. (Eine solche liegt auch vor in den Fällen, in welchen es zunächst zweifelhaft sein könnte, nämlich bei der Kündigung und bei der Einziehung einer Forderung. Denn bei letzterer verliert der Gläubiger seine Forderung, sein *rechtliches* Können ist also gemindert; sein wirtschaftliches erhöht sich zwar, aber darauf kommt es wiederum nicht an. Bei der Kündigung tritt ebenfalls eine Minderung des rechtlichen Könnens ein, weil die Forderung nunmehr zeitlich befristet ist und ihre Einziehung bzw. Erfüllung nicht mehr von dem Willen des Kündigenden abhängt.) Auch aus dem Sinn, den der Sprachgebrauch des täglichen Lebens dem Ausdruck „Verfügung“ beimißt, läßt sich entnehmen, daß stets eine Minderung des rechtlichen Könnens vorliegen muß, um von einer Verfügung sprechen zu können. Bereits Sohm verlangte in seiner grundlegenden Schrift „Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung[105]“, daß jede Verfügung ihrem Urbild, der Veräußerung, ähnlich sein müsse. Sohm sieht in der Veräußerung, welche die stärkste Minderung des rechtlichen Könnens darstellt, zugleich die stärkste und wichtigste Verfügung. Legt man diese Auffassung zugrunde, so kann kein Zweifel daran bestehen, daß es sich bei der Schuldübernahme nicht um eine Verfügung handeln kann. Denn

[105] Arch. Bürg. R., 28. Bd., S. 193.

eine Minderung des Gläubigerrechtes tritt auf keinen Fall ein, vielmehr ist es gerade im Gegenteil Voraussetzung des Schuldnerwechsels, daß dem Gläubiger dadurch kein Opfer hinsichtlich seines rechtlichen Könnens zugemutet wird. Man hat dem auf seiten der Verfügungstheorie dadurch zu begegnen versucht, daß man den Begriff der sogenannten Aequivalentverfügung entwickelte, einer Verfügung also, durch welche mittels eines einzigen Rechtsaktes ein Opfer gebracht wird, zugleich aber dafür zugunsten des Verfügenden ein Ersatz entsteht. Eine solche Aequivalentverfügung stelle, so behauptete man, auch die Schuldübernahme dar. Diese Argumentation wäre jedoch nur dann zutreffend, wenn es sich bei der Schuldübernahme nicht um Schuldsuccession, sondern um Novation handelte. Denn nur bei letzterer verliert der Gläubiger gleichzeitig seine ursprüngliche Forderung gegen den Schuldner und gewinnt dafür eine neue gegen den Übernehmer, während bei der Schuldnachfolge, mit der wir es bei der heutigen Schuldübernahme nach dem Gesetz und übrigens auch nach der Auffassung der Anhänger der Aequivalent-Verfügungs-Theorie zu tun haben, weder ein Untergang noch eine Minderung des Gläubigerrechtes auch nicht für die geringste Zeitspanne eintritt. Schon aus diesem Grunde ist daher die Theorie der Aequivalentverfügung nicht geeignet, den erhobenen Einwand zu entkräften. Im übrigen muß man dieser Theorie überhaupt sehr skeptisch gegenüberstehen. Es ist wohl so, wie Hellmann[106] ausführt, daß überall da, wo angeblich eine Aequivalentverfügung vorhanden ist, in Wirklichkeit ein Verpflichtungsvertrag mit einer condicio iuris vorliegt.

Es kann jedoch dahingestellt bleiben, ob der bezeichneten, von der herrschenden Meinung abweichenden Auffassung über das Wesen der Verfügung beizutreten ist. Denn, wie bereits oben ausgeführt wurde, ist die Verfügungstheorie auch mit dem von der herrschenden Meinung zugrundegelegten Begriff der Verfügung nicht zu vereinbaren.

Noch ein letzter Einwand zugunsten des Verfügungscharakters der Schuldübernahme bleibt jedoch auszuräumen. Man könnte nämlich behaupten, die Schuldübernahme sei schon deshalb Verfügungsgeschäft, weil sie praktisch niemals für sich allein als Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer ohne jede nähere, im Verhältnis des letzteren zum Altschuldner zu suchende Motivierung vorkomme, sondern regelmäßig im Rahmen eines umfassenderen, auf Güteraustausch gerichteten Vertrages als Erfüllungsersatz für die dem einen Vertragsteil obliegende Leistung — etwa im Rah-

[106] Kr. V. J. Schr., Bd. 49, S. 494.

men eines Kaufvertrages als Ersatzleistung des Käufers für die Zahlung des Kaufpreises — auftrete, mithin eine „Leistung an Erfüllungsstatt“ darstelle. Gerade für die Konstruktion der Angebotstheorie ist dieser Einwand beachtlich, da ja nach ihr die Befreiung in jedem Falle erst durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer, also gemäß § 414, eintritt und alsdann nach der bezeichneten Ansicht Erfüllung der in der „Vereinbarung“ gemäß § 415 vorgesehenen Ersatzleistung bedeuten müßte.

Es ist nun zwar richtig, daß man die Schuldübernahme, um sie sinnvoll konstruieren zu können, nicht abstrakt betrachten darf, sondern sie sich in den ihr normalerweise zugrundeliegenden praktischen Vorgang hineingestellt denken muß. Und weiterhin trifft es zu, daß die Schuldübernahme im Wirtschaftsleben tatsächlich fast stets im Rahmen eines umfassenderen Vertrages die Rolle einer Leistung an Erfüllungsstatt spielt, (obwohl sich auch Ausnahmefälle denken lassen, in welchen sie lediglich zwischen Gläubiger und Übernehmer ohne motivierende Beziehung zum Altschuldner abgeschlossen wird oder aber, wenn ein Rahmenverhältnis, etwa ein Kaufvertrag, vorhanden ist, nicht in Anrechnung auf einen zunächst bestimmten Kaufpreis vorgenommen wird, sondern nach dem Willen der Parteien die primär festgesetzte Gegenleistung des Käufers selbst darstellen soll.) Insbesondere Boehmer[107] hat darauf hingewiesen, daß jede rechtswissenschaftliche Konstruktion der wirtschaftlichen Erscheinung, welche sie zu formen hat, gerecht werden muß, insbesondere die Konstruktion der Schuldübernahme von deren Funktion als Ersatzleistung auszugehen hat.

Aber diese — durchaus richtige — Betrachtungsweise führt nach der hier vertretenen Auffassung keineswegs dazu, in der nach § 414 zustandegekommenen Schuldübernahme ein Verfügungsgeschäft zu erblicken. Nach der oben wiedergegebenen Begriffsbestimmung der herrschenden Meinung liegt eine Verfügung vor, wenn ein Gegenstand übertragen, belastet, aufgehoben oder anderweitig verändert wird. Die Schuldübernahme könnte hiernach insofern Verfügung sein, als mit wirksam zustandegekommener Befreiung und damit Erfüllung der Ersatzleistung die primär bestehende Forderung aufgehoben wird. Nun dürfte es aber keinem Zweifel unterliegen, daß — um bei dem Beispiel des Kaufvertrages zu bleiben — die Aufhebung des Rechtes auf Zahlung des Kaufpreises eine Angelegenheit ist, welche ausschließlich der Regelung der Kaufvertragsparteien, nämlich dem Altschuldner und dem Übernehmer, überlassen bleiben muß, jedenfalls vom Gläubiger

[107] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, S. 19 ff., 29 ff., 71 ff. und 90 ff.

unmittelbar nicht beeinflußt zu werden vermag, weil dieser ebensowenig wie die beiden ersteren über ein fremdes Recht verfügen kann noch will. Auf der anderen Seite gehen wir aber davon aus, daß die Schuldübernahme lediglich durch Vertrag zwischen Gläubiger und Übernehmer abgeschlossen wird. Es muß sich daher hinsichtlich der beiden Wirkungen — Eintritt der Befreiung und Aufhebung der primären Kaufpreisforderung — um zwei verschiedene, sie verursachende Rechtsakte handeln. Insoweit müssen wir also doch eine Unterscheidung treffen. Und zwar erkennen wir hierbei, daß der forderungstilgende Erfolg ausschließlich von der Annahme der Ersatzleistung als Erfüllung seitens des Verkäufers (= Altschuldners) ausgeht, mag man nun diese als von ihm bereits vorher unter der aufschiebenden Bedingung der Annahme des Schuldübernahmeangebots durch den Gläubiger oder aber nachträglich stillschweigend erklärt ansehen. Diese Erfüllungsannahme läßt sich als Verfügung ansehen, weil sie die primäre Kaufpreisforderung unmittelbar zum Erlöschen bringt (§ 364, Abs. 1). Sie steht jedoch in jedem Falle außerhalb des zwischen Gläubiger und Übernehmer abgeschlossenen Übernahmevertrags, der ausschließlich Verpflichtungscharakter trägt. — Im übrigen kam es uns, wie eingangs unserer diesbezüglichen Betrachtung betont wurde [108], vor allem darauf an, nachzuweisen, daß jedenfalls der G l ä u b i g e r beim Abschluß des Schuldübernahmevertrages keinerlei Verfügungshandlung vornimmt. Dieser Nachweis dürfte auf jeden Fall auch hinsichtlich des zuletzt behandelten Einwandes erbracht sein. Denn auch in ihrer Eigenschaft als Leistung an Erfüllungsstatt bietet die Schuldübernahme irgendwelcher Verfügungshandlung des G l ä u b i g e r s keinen Raum.

Als Ergebnis unserer Untersuchung über die Rechtsnatur der in § 414 geregelten Schuldübernahme bleibt demnach festzuhalten: Wenn der Gläubiger im Rahmen eines Vertrages nach § 414 keinerlei Verfügungshandlung vornimmt, so kann dasselbe Rechtsgeschäft, welches ein anderer — objektiv betrachtet — an seiner Stelle als Nichtberechtigter abzuschließen unternimmt, ebenfalls keine Verfügung enthalten.

## III. Die Entstehung der Verfügungstheorie.

Nach den bisherigen Darlegungen, die eindeutig für die Angebotstheorie sprechen, ist man zwangsläufig geneigt, zu fragen, wie die Entstehung der Verfügungstheorie überhaupt zu erklären

[108] Seite 61.

ist. Die Beantwortung dieser Frage wird zugleich weitere beweiskräftig Gesichtspunkte für die Richtigkeit der Angebotstheorie bringen.

## § 9.

## Entwicklungsgeschichtliche Gründe.

Zunächst war es wohl entwicklungsgeschichtlich bedingt, daß die Konstruktion der Schuldübernahme im Sinne der Verfügungstheorie beeinflußt wurde. Im Gegensatz zu dem deutsch-rechtlichen Schuldbegriff, nach welchem eine Nachfolge in die Schuld möglich war (vgl. v. Gierke: „Schuldnachfolge und Haftung", S. 39), kannte das römische Recht eine Schuldübernahme im heutigen Sinne nicht. Nach ihm war die Obligation so fest an die individuelle Person des Gläubigers und Schuldners gebunden, daß eine Übertragung der Schuld unter Aufrechterhaltung ihrer Identität ausgeschlossen war. Es ist verständlich, daß Delbrück, als er in der Mitte des vorigen Jahrhunderts daran ging, einem mit dem Fortschreiten des Verkehrslebens immer mehr sich steigernden praktischen Bedürfnis nach Einführung eines solchen Institutes Rechnung zu tragen, den Versuch machte, sich dabei nicht allzu sehr von den Gedanken des römischen Rechtes, mit dem er innerlich eng verbunden war, zu entfernen. Er behielt daher den Grundsatz der Unübertragbarkeit der Obligation bei, schied aber Forderung und Schuld als selbständige Substanzen aus ihr aus und ließ sie als solche ebenso wie jeden anderen Vermögenswert nach den Regeln des Schuldrechts sowohl als auch des Sachenrechts am Rechtsverkehr teilnehmen. Kuntze, der Nachfolger Delbrücks in der Lehre von der Schuldübernahme, lehnte mit Recht diese künstliche Zerlegung der Obligation in drei verschiedene Bestandteile ab. Aber auch er konnte sich noch nicht mit dem Gedanken einer Schuldnachfolge vertraut machen und versuchte sie daher zu umgehen. Er ließ zu diesem Zweck aus der „Stammobligation" eine „Zweigobligation" herauswachsen, die in der Person des neuen Schuldners in der Weise entstehen sollte, daß nicht die ganze Stammobligation, sondern nur ihr passiver Niederschlag auf ihn übertragen wurde. Der nächste Verfechter der Lehre von der Schuldübernahme, Gürgens, der eigentliche Begründer der Verfügungstheorie, konnte sich angesichts dieser unzulänglichen Versuche einer rechtlichen Verankerung des in Frage stehenden Institutes der Einsicht nicht verschließen, daß dies nur mittels einer Nachfolge in die Schuld geschehen könne. Er lehnte sich dabei verständlicherweise an ein bereits vorhandenes, seiner Meinung nach ähnliches Institut, nämlich die Abtretung einer

Forderung, an. Ebenso wie auf der „Aktivseite“ durch Abtretung der Forderung eine Sondernachfolge zu erzielen sei, sei auch, so nahm er an, auf der „Passivseite“ durch einen entsprechenden Vorgang eine Schuldsuccession zu erreichen. Genau so also, wie sich Forderung und Schuld als aktive und passive Seite einer Obligation gegenüberstünden, entspreche dem Vorgang der aktiven die „passive Zession“. Mit dieser Analogie beging Gürgens den grundlegenden Fehler [109]. Denn nicht Analogien, sondern Gegensätze sind zu erkennen, wenn man die Obligation einerseits vom Standpunkt des Gläubigers und andererseits von dem des Schuldners aus betrachtet. Dementsprechend müssen auch die Vorgänge, welche einen Wechsel dieser beiden Subjekte erzielen sollen, in ihrem Verhältnis zueinander gegensätzlich sein. Stattdessen glaubte Gürgens auf Grund der vermeintlichen Gleichartigkeit die Schuldübernahme ebenso wie die Zession als Verfügungsgeschäft behandeln zu müssen mit Alt- und Neuschuldner als passivem Zedenten und passivem Zessionar und der Schuld als Gegenstand der Verfügung. Andererseits verkannte er aber nicht den erheblichen Unterschied von der Forderungsabtretung, der sich ergab, wenn man an die praktische Verwirklichung dieser passiven Zession gehen wollte. Denn während es auf der einen Seite dem Schuldner verhältnismäßig gleichgültig sein kann, wem gegeenüber er seine Verpflichtung zu erfüllen hat, ist die Person des Schuldners für den Gläubiger von weit größerer Bedeutung. Ein Wechsel auf der Gläubigerseite kann daher ohne Zustimmung des Schuldners vor sich gehen, während umgekehrt ein Schuldnerwechsel das Einverständnis des Gläubigers aus praktischen Gründen erfordert. Trotzdem behielt Gürgens seine Analogie-Theorie bei, indem er sie, diesem Umstand Rechnung tragend, modifizierte. Er nahm an, durch die Schuldübernahme werde über ein Recht des Gläubigers verfügt, es liege also eine Verfügung eines Nichtberechtigten vor, welche der Genehmigung des Gläubigers bedürfe. Damit ergab sich aber die weitere Schwierigkeit, daß nunmehr der Gläubiger möglicherweise in die Vertragsbeziehungen zwischen dem Altschuldner und dem Übernehmer in einer diesen nicht genehmen Weise eingreifen konnte, indem er sein Recht der Genehmigung ausübte, ehe noch die Parteien unter sich zur völligen Einigung über alle Punkte gelangt waren. Um dieses folgerichtige, aber unbillige Ergebnis zu vermeiden, wurde das Erfordernis der „Mitteilung“ eingeschoben und dem Gläubiger zugleich verboten, eher von seinem Rechte der Genehmigung Gebrauch zu machen, als bis er auf diese offizielle Weise

[109] Vgl. hierzu und zum folgenden Boehmer: „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, S. 66 ff. (70).

von dem Eingriff der Parteien in seine Rechte Kenntnis erhalten habe, und zwar auch für den Fall, daß ihm die Verhandlungen zwischen Altschuldner und Übernehmer längst anderweit bekanntgeworden waren. Diese von falschen Voraussetzungen ausgehende und widerspruchsvolle Konstruktion wäre zu vermeiden gewesen, wenn man von Anfang an, statt von der begrifflich-konstruktionellen Seite auszugehen, die praktische Seite mehr ins Auge gefaßt hätte und den Bedürfnissen des Verkehrs entsprechend die Übernahme einer Schuld gestattet hätte, wenn die beiden Personen, auf die es dabei in erster Linie ankommt, ihre Bereitwilligkeit dazu erklärt haben, mit anderen Worten, wenn Gläubiger und Übernehmer einen dementsprechenden Vertrag schließen.

Ferner hat auch die Tatsache, daß in den allermeisten Fällen der Schuldübernahme zunächst Besprechungen zwischen Schuldner und Übernehmer vorausgehen, mit dazu beigetragen, die rechtliche Konstruktion in falsche Bahnen zu lenken. Man glaubte nämlich, aus diesem Grunde in dem „Schuldnervertrag" das Wesentliche der Schuldübernahme erblicken zu müssen. So kannte ja Delbrück eine Schuldübernahme durch Vertrag des Gläubigers mit dem Übernehmer, wie wir ihn heute in § 414 BGB. geregelt finden, überhaupt nicht. Deswegen vertritt z. B. v. Gierke [110] folgende Ansicht: „Die Schuldübernahme durch Schuldnervertrag ist der geschichtliche Ausgangspunkt der Entwicklung gewesen und bildet auch heute den Regelfall. Dies ist die Form des Vertragsschlusses, an der in Theorie und Praxis der Begriff der Schuldübernahme entwickelt wurde, die uns auch heute am häufigsten begegnet und die daher bei der Betrachtung in den Vordergrund zu stellen ist." Die Angebotstheorie bestreitet durchaus nicht, daß in den meisten Fällen die Schuldübernahme durch Besprechungen zwischen Altschuldner und Übernehmer eingeleitet wird. Sie bestreitet lediglich, daß diese Besprechungen bereits die Schuldübernahme selbst enthalten. Die Ansicht, die Schuldübernahme durch Vertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer bilde auch heute noch den Regelfall, müßten eigentlich auch diejenigen, welche in § 414 und 415 zwei verschiedene Arten von Schuldübernahmen geregelt glauben, aufgegeben haben; denn das Gesetz selbst ist offenbar anderer Ansicht, wenn es an die Spitze seiner Regelung die Schuldübernahme mittels Vertrages zwischen Gläubiger und Übernehmer stellt. Daß übrigens der Schuldnervertrag nicht der alleinige Ausgangspunkt der Entwicklung gewesen ist, geht aus den Ausführungen Kochs zu der Expromission des § 399 des ALR. hervor [111]. Koch wendet

[110] Privatrecht, S. 219, Anm. 32.
[111] Koch zu § 399 Pr. A. L. R., Anm. 97.

sich scharf gegen eine Entscheidung des Preußischen Obertribunals vom Jahre 1854 [112], die scheinbar davon ausgeht, daß der Übernehmer und der alte Schuldner die eigentlichen Hauptparteien bei der Expromission seien und der Gläubiger sich nur leitend zu verhalten brauche. Das Obertribunal hat denn auch nach Koch diese Ansicht wieder aufgegeben durch Plenar-Beschluß vom 4. Juli 1859.

## § 10.

### Keine andere Erklärung der Nachfolge in die Schuld?

Ein weiterer wichtiger Umstand, welcher die Entstehung der Verfügungstheorie erklärlich erscheinen läßt, ist der, daß man anders als im Wege der Verfügung eine Singularsuccession in die Schuld nicht glaubte erklären zu können [113]. Auch nach der Regelung des BGB., das mit Recht angesichts des überaus dringenden praktischen Bedürfnisses keinen Zweifel an der Möglichkeit einer Schuldnachfolge läßt, wurde aus dem eben erwähnten Grund eine Schuldübernahme mittels Verpflichtungsvertrages zwischen Gläubiger und Übernehmer ohne Novation für unmöglich erklärt. Sogar Sohm [114], der die Fehler der Verfügungstheorie klar erkannt hat und auf dem besten Wege ist, die richtige Lösung zu finden, erklärt: „Der Schuldübernahmevertrag ist ein Verpflichtungsvertrag und f o l g l i c h entsteht eine neue Schuld. Die Tatsache, daß der Übernahmevertrag ein Verpflichtungsvertrag ist, schließt die Möglichkeit, von einer Schuldsuccession, von einer Sondernachfolge in die Schuld, zu sprechen, aus. Er begründet eine neue Schuld, deren Inhalt nach Maßgabe der Urschuld sich bestimmt. In diesem Sinne können Schulden übernommen werden. Übertragen werden können sie nicht." Auch Lent [115], der mit Recht betont, daß ein Schuldverhältnis nicht durch den jeweiligen Gläubiger und Schuldner, sondern lediglich durch seinen Entstehungsgrund bestimmt wird, glaubt bei dem Schuldübernahmevertrag das Neuentstehen einer Verpflichtung annehmen zu müssen, weil hier eben ein neuer Entstehungsgrund vorhanden sei [116]. Desgleichen ist bei Planck [117] zu lesen: „Das Zugeständnis, daß die Schuldübernahme ein Verpflichtungsgeschäft ist, a l s o eine neue Schuld begründet . . . usw." Dieser Standpunkt „ein neuer Schuldner, eine neue Schuld" ist

[112] Entsch. Bd. 29, S. 66.
[113] Vgl. z. B. schon Delbrück, S. 66.
[114] „Der Gegenstand", S. 25, Anm. 5.
[115] Seite 160.
[116] Lent, S. 158.
[117] Vor § 414, Anm. 1 b.

jedoch unhaltbar. Die Folge davon wäre, daß der Gläubiger nach erfolgter Schuldübernahme nicht mehr aus seiner ursprünglichen Forderung klagen, sondern sich nur noch auf den Übernahmevertrag stützen könnte. Bei jedem Schuldnerwechsel würde sowohl sein Forderungsrecht als auch der Klagegrund geändert werden. Daß eine solche Auffassung unrichtig ist, hat bereits Regelsberger dargelegt. Er führt aus[118]: „Nach der Anschauung des Verkehrs und nach dem Inhalt des Grundbuchs bleibt die Darlehnsschuld eine Darlehnsschuld, mag sie auch ein dutzend Mal durch Schuldübernahme den Schuldner gewechselt haben." Diese Ansicht ist völlig zutreffend. Das den praktischen Erfordernissen in keiner Weise entsprechende Ergebnis Sohms war daher für die Anhänger der herrschenden Meinung ein Grund mehr, umso energischer an ihrer Theorie festzuhalten. Denn wenn eine Schuldnachfolge durch Verpflichtungsvertrag nicht möglich war, so mußte sie durch Verfügungsvertrag erfolgen. So erklärt z. B. Oertmann[119], als Verpflichtungsvertrag sei die Schuldübernahme inhaltlos, da objektiv keine neue Pflicht entstünde, nur die Person des Pflichtigen sich subjektiv ändere. Der Denkfehler, welchem Sohn unterlegen war, wurde nicht erkannt. Selbstverständlich entsteht — insofern hat Sohm völlig Recht — wie durch jeden Verpflichtungsvertrag, so auch durch den zwischen Übernehmer und Gläubiger abgeschlossenen Schuldübernahmevertrag eine neue Verpflichtung, jedoch nur die, die a l t e Schuld zu erfüllen. N e u entsteht lediglich, um es korrekter auszudrücken, die Verpflichtung des Übernehmers dem Gläubiger gegenüber, die bereits bestehende Schuld, so wie sie in der Person des Urschuldners begründet ist, an dessen Stelle zu bewirken. D i e s e Verpflichtung m u ß neu entstehen; denn anders könnte nicht erklärt werden, warum der Übernehmer Schuldner des Gläubigers wird, ohne es vorher gewesen zu sein. Der Bestand der alten Verbindlichkeit wird jedoch dadurch in keiner Weise berührt. Im Gegenteil ist es gerade Inhalt der neuen Verpflichtung, die alte Schuld in der für sie festgelegten Art und Zeit am vereinbarten Orte zu begleichen. Dieselbe Ansicht vertritt schon Boehmer[120], wenn er — allerdings in etwas anderem Zusammenhange — ausführt, die Schuld behalte trotz wirksam erfolgter Befreiung des Altschuldners durch den Übernehmer genau dieselbe durch ihren Entstehungsgrund bedingte Qualität, welche sie vorher als Verbindlichkeit des Altschuldners gegenüber dem Gläubiger gehabt habe; sei z. B. die

[118] Iherings J., Bd. 39, S. 471.

[119] Vorbem. 5 b vor § 414.

[120] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme", S. 35—37, 40—42, 48 ff.

Forderung des Gläubigers gegen den alten Schuldner eine Mietforderung gewesen, so bestimme sich der Inhalt der übernommenen Verbindlichkeit des Neuschuldners ausschließlich nach den Regeln der Miete, auch wenn das Grundverhältnis zwischen den beiden Schuldnern etwa ein Kaufvertrag sei. — Schon im Wesen des ganzen Vorgangs liegt es ja begründet, daß die alte Schuld erhalten bleiben muß. Denn der Übernehmer verpflichtet sich nicht, auch eine solche Verbindlichkeit, wie der Altschuldner sie bereits zu erfüllen hat, zu bewirken, er verpflichtet sich ferner nicht, eine ähnliche Verpflichtung an dessen Stelle auf sich zu nehmen, sondern er verpflichtet sich, ebendieselbe Verbindlichkeit an Stelle des Urschuldners zu erfüllen. Sohm verwechselt offensichtlich Inhalt und Gegenstand der Verpflichtung. Inhalt der neu entstehenden Verpflichtung ist im vorliegenden Falle die Bewirkung der in der Person des Urschuldners bereits begründeten Schuld an dessen Stelle, Gegenstand der Verpflichtung ist diese bereits vorhandene Urschuld selbst[121]. Man müßte, wenn man den Gedanken Sohms etwas weiter verfolgte, zu dem absurden Ergebnis kommen, zu behaupten, bei einer kumulativen Schuldübernahme entstünde der Gegenstand der Verpflichtung neu. Wenn beispielsweise X. verpflichtet ist, dem Y. eine bestimmte Uhr zu verschaffen und sich nunmehr Z. neben ihm ebenfalls verpflichtet, dieselbe Uhr zu liefern, so müßte nach dem Gedankengang Sohms durch diesen Vorgang eine neue Uhr entstehen. Die gleiche Rolle wie diese Uhr spielt die Urschuld bei der privativen Schuldübernahme. Beide sind nur Gegenstand einer Verpflichtung, deren Inhalt ihre Bewirkung ist. Sohm hat also nicht recht, wenn er aus der von ihm richtig erkannten Tatsache, daß die Schuldübernahme ein Verpflichtungsvertrag ist, folgern zu müssen glaubt, die übernommene Schuld sei nicht identisch mit der Urschuld, sondern in der Person des Übernehmers durch Novation neu entstanden und sie bestimme sich nur materiell nach Maßgabe der erloschenen Urschuld. Im Gegenteil verträgt sich die Annahme einer Novation nicht mit dem reinen Verpflichtungscharakter der Schuldübernahme. Denn läge Novation vor, so ginge die bisherige Forderung unter, es handelte sich dann also um eine Verfügung. Gerade weil vielmehr die Schuldübernahme lediglich Verpflichtungsvertrag ist, kann sie nicht Novation sein. Und gerade weil umgekehrt Schuldnachfolge stattfindet, kann keine Verfügung vorliegen, weil eine solche mit der Voraussetzung der Schuldübernahme, nämlich der Unversehrtheit

[121] Der Ausdruck „Gegenstand" ist natürlich hier nicht im rechtstechnischen Sinne als gemeinsame Bezeichnung für Sachen und Rechte gebraucht.

ihres rechtlichen Bestandes, in Widerspruch steht. Eines bedingt das andere.

## § 11.
## Keine andere Erklärung für das Freiwerden des Altschuldners?

Hiermit zusammen hängt schließlich noch ein weiterer Grund, der ebenfalls erheblich dazu beigetragen hat, die Verfügungstheorie zur herrschenden Lehre werden zu lassen, nämlich der, daß man anders als durch Annahme einer Verfügung das Freiwerden des Altschuldners nicht zu erklären vermochte. Sollte er seiner Verpflichtung dem Gläubiger gegenüber ledig werden, so konnte dies nach allgemeiner Auffassung nur in der Weise geschehen, daß irgendwie über das Recht des Gläubigers gegen ihn *verfügt* wurde. Einen *reinen Verpflichtungs*vertrag zwischen dem Übernehmer und dem Gläubiger hielt man jedenfalls nicht für geeignet, diese Tatsache zu erklären. Man hätte auf diese Weise zwar die eine Seite des Vorganges, nämlich, daß der Übernehmer nach Abschluß des Verpflichtungsvertrages dem Gläubiger zur Leistung verpflichtet ist, verständlich machen können, nicht aber die andere Seite, nämlich das Freiwerden des alten Schuldners. Das letztere aber schien entscheidend zu sein. Man ging überhaupt von der Ansicht aus, es komme in erster Linie darauf an, den Übergang der Schuld, d. h. das Freiwerden des Altschuldners und die Belastung des Übernehmers mit ihr, zu erklären. Daß letzterer alsdann dem Gläubiger gegenüber zur Bewirkung der Schuld verpflichtet sei, hielt man für eine selbstverständliche Folge dieses Vorganges. Denn wenn er nunmehr, so folgerte man, Träger der Schuld geworden sei, so bedeute dies zwangsläufig, daß er dem Gläubiger gegenüber verpflichtet sei, sie zu erfüllen; auf eine etwaige Verpflichtungserklärung des Übernehmers komme es infolgedessen gar nicht oder doch erst in zweiter Linie an. Die erste Frage ging deshalb dahin, wie dieser Übergang der Schuld zu denken sei. Im Vordergrund der Betrachtung stand dabei wiederum die irrige Vorstellung, als werde die Schuld von dem alten Schuldner auf irgendeine Weise hinweggenommen und auf den neuen Schuldner übertragen, also jene Auffassung, als könne die Schuld ebenso wie eine Sache oder ein Recht von einer Person auf die andere rechtsgeschäftlich übertragen werden, die wir bereits oben als unrichtig abgelehnt haben. So vertritt beispielsweise v. Gierke[122] die Auffassung, es bedürfe keiner besonderen Verpflichtungserklärung, da aus der Aneignung der Schuld von Rechts

[122] „Schuldnachfolge und Haftung", S. 50.

wegen die Verpflichtung folge. Abgesehen von der unmöglichen Vorstellung der „Aneignung" einer Schuld erscheint mir der ganze Gedankengang, als ob der Übergang der Schuld das Primäre und die Verpflichtung des Übernehmers das Sekundäre sei, als unrichtig. M. E. ist es vielmehr umgekehrt. Denn nicht nur rein zeitlich gesehen, sondern auch logisch allein konsequent ist es so, daß zunächst einmal der Übernehmer die Erklärung abgeben muß, er verpflichte sich, die Schuld des Altschuldners fortan an dessen Stelle auf sich zu nehmen; erst dann kann der weiteren Frage, ob und wie der Übergang der Schuld und damit die Befreiung des Altschuldners vor sich geht, nähergetreten werden. Nichts ist dann einfacher als die Lösung dieser letzteren Frage. Trotz des reinen Verpflichtungscharakters der privativen Schuldübernahme tritt, wie wir oben sahen, keine Novation ein, sondern die übernommene Schuld bleibt genau dieselbe, wie sie vorher in der Person des Urschuldners bestanden hat. Wenn dies der Fall ist, und wenn also der Übernehmer sich verpflichtet, die Verbindlichkeit des Urschuldners, in der Form, wie sie in dessen Person besteht, an seiner Stelle auf sich zu nehmen, der Gläubiger ferner damit einverstanden ist, so muß die notwendige Folge dieses Verpflichtungsvertrages sein, daß damit der Altschuldner ohne weiteres von seiner Schuld befreit ist, weil derselbe Tatbestand, der vorher den Urschuldner zum Schuldner machte, nunmehr in der Person des Übernehmers fortwirkt, ihn also nicht mehr belasten kann. Dieselbe Forderung, welche bisher gegen ersteren bestand, richtet sich nunmehr gegen den Übernehmer, sie hat also aufgehört, eine Verbindlichkeit auf seiten des Altschuldners zu erzeugen. Anders ist das Freiwerden des Altschuldners durch einen nach § 414, also ohne seine Mitwirkung, abgeschlossenen Schuldübernahmevertrag überhaupt nicht zu erklären. Das Gesetz selbst bestimmt in dem im Gegensatz zu § 415 einwandfrei gefaßten § 414 ebenfalls den Vertragsinhalt lediglich dahin, „daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt". Das Gesetz hält es mithin für selbstverständlich, daß der Altschuldner damit frei wird, und spricht es deshalb nicht besonders aus. Kluckhohn[123] stellt die Frage, ob diese Tatsache ihren Grund darin habe, daß das An-die-Stelle-Treten begrifflich einen Austritt des Schuldners voraussetze oder darin, daß das Gesetz die Möglichkeit, den Austritt eines Schuldners vertragsmäßig von dem Gläubiger und einem Dritten vereinbaren zu lassen, als selbstverständlich voraussetze. Die erstere Auslegung scheint ihm die größere Wahrscheinlichkeit zu besitzen. Ich möchte in der von Kluckhohn gewählten Formulierung beide Alternativen

[123] Seite 50.

ablehnen. Denn die Befreiung des Altschuldners ist weder Voraussetzung des An-die-Stelle-Tretens noch Inhalt einer dahingehenden Vereinbarung, sondern die notwendige Folge des Verpflichtungsgeschäftes, auf Grund dessen der Übernehmer an Stelle des Altschuldners in die bestehende Schuld eintritt. Nicht die Schuld, die als auf irgendeine Weise auf den Übernehmer übergegangen zu denken ist, verpflichtet diesen, sondern seine Verpflichtung, die bestehende Schuld an Stelle des Altschuldners zu bewirken, macht ihn zum Träger dieser Schuld. (Daher möchte ich auch im Zusammenhang hiermit den Begriff der „condicio iuris" vermeiden.) Eine Verfügung liegt demnach nicht vor. Die Übernahme fremder Schulden ist vielmehr lediglich eine besondere Form des Sich-Verpflichtens. Ein Dritter kann nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit dem Gläubiger anbieten, Schuldner einer neu zu schaffenden Verbindlichkeit zu werden, er kann ihm ferner anbieten, neben einem anderen zu schulden und er kann ihm schließlich den Antrag stellen, an Stelle eines anderen eine bereits in dessen Person bestehende Verbindlichkeit als Schuldner zu übernehmen. Die Tätigkeit des Gläubigers ist in allen 3 Fällen die gleiche; er kann entweder annehmen oder ablehnen. Entscheidend ist, in welche Form der Verpflichtungswille des Dritten gekleidet ist. Bietet er dem Gläubiger an, an Stelle eines bestimmten anderen in eine Verbindlichkeit eintreten zu wollen, und nimmt der Gläubiger diesen Verpflichtungsvertrag an, so ist damit die privative Schuldübernahme vollendet. Sie ist also ein rein obligatorischer Vertrag. Der Dritte muß damit, gegebenenfalls gegen seinen Willen, frei werden, weil die Verbindlichkeit, welche gegen ihn gerichtet war, benutzt wurde, um ein Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Dritten zu schaffen. Das Wörtchen „an Stelle" läßt es nicht anders zu. Andernfalls müßte bei jedem ohne Mitwirkung des Altschuldners geschlossenen Übernahmevertrag — also bei einem solchen nach § 414 — kumulative Schuldübernahme eintreten. Da das Freiwerden des Altschuldners nicht Inhalt sondern Folge des zwischen Gläubiger und Übernehmer abgeschlossenen Übernahmevertrages ist, sind irgendwelche weiteren Erklärungen des Gläubigers, der alte Schuldner solle fortan frei sein, oder, er verzichte auf sein Recht gegen diesen, nicht nur unnötig, sondern auch ohne rechtliche Bedeutung, weil unser heutiges Recht einen einseitigen Verzicht des Gläubigers auf sein Forderungsrecht nicht kennt. Alle Versuche, den § 414 auf solche Weise zu erklären, gehen daher fehl.

## IV. Die wichtigsten praktischen Unterschiede.

Zum Schluß soll an Hand der wichtigsten Unterschiede, welche sich ergeben, je nachdem, ob man die Verfügungstheorie oder die Angebotstheorie zu Grunde legt, nachgewiesen werden, daß erstere in keiner Weise den praktischen Bedürfnissen gerecht wird und deshalb auch die Billigkeit verlangt, den § 415 nach der Angebotstheorie auszulegen.

### § 12.

### Erneute Aufforderung nach zunächst verweigerter Genehmigung.

Eine unerfreuliche Konsequenz der Verfügungstheorie ergibt sich für den wohl nicht allzu seltenen Fall, daß der Gläubiger seine Genehmigung zunächst verweigert, dann jedoch auf erneute Aufforderung hin dennoch sein Einverständnis erklärt [124]. Ein konsequenter Vertreter der Verfügungstheorie müßte hier, weil infolge der einmal erklärten Verweigerung der Genehmigung die Schuldübernahme „als nicht erfolgt gilt", zu dem immerhin merkwürdigen Ergebnis kommen, daß trotz Übereinstimmung des Willens aller Beteiligten eine Schuldübernahme nicht zustandekommen könne. Altschuldner und Übernehmer müßten also zunächst erneut die Schuldübernahme „vereinbaren" und sie dem Gläubiger „mitteilen". Erst dann könnte dieser wirksam sein Einverständnis erklären. Diese Ansicht wird folgerichtig von einigen Anhängern der Verfügungstheorie vertreten [125]. Die Mehrzahl versucht dagegen angesichts des äußerst unpraktischen Ergebnisses, diese unerfreuliche Folgerung zu vermeiden. Und zwar beschreitet man zu diesem Zweck nun doch den Weg über § 414. Zur Erreichung des Zieles ist man bereit, in Mitteilung und Genehmigung Antrag und Annahme zu sehen. Staudinger [126] erklärt sogar für den Fall, daß der Übernehmer die erneute Aufforderung an den Gläubiger richtet: „Die Auffassung, daß die zweite Genehmigung wirkungslos sei, betrachtet die Sachlage zu einseitig unter dem Gesichtspunkt von § 415 und unterstellt mit Unrecht, daß die Parteien zwischen Schuldübernahme nach § 414 und nach § 415 unterscheiden (!). Nur von dieser Unterstellung aus könnte angenommen werden, daß die Aufforderung zur Genehmigung der durch Verweigerung der Genehmigung hinfällig gewor-

[124] Vgl. hierzu auch Boehmer „Die Konstruktion der befr. Schuldübernahme", S. 151.

[125] Tränkner, S. 598; Oertmann, § 415, Bem. 4.

[126] Zu § 415, Anm. III.

denen Schuldübernahme nach § 415 nicht ein Angebot auf Abschluß eines Schuldübernahmevertrags nach § 414 enthält. Tatsächlich enthält sie es." Die Vermeidung der unliebsamen Folgen der Theorie auf diesem von Staudinger gezeigten Wege kann jedoch nur für den Fall, daß gerade der Übernehmer erneut zur „Genehmigung" auffordert, noch einigermaßen mit der Verfügungstheorie in Einklang gebracht werden. Für den praktisch weit häufiger vorkommenden Fall, daß der an der Befreiung erheblich mehr interessierte Altschuldner erneut an den Gläubiger herantritt, bleibt daher das „befremdliche Ergebnis" bestehen. Nach der Angebotstheorie entstehen für diesen Fall keinerlei Schwierigkeiten. Hat der Gläubiger die Genehmigung verweigert, so bleibt der zwischen Altschuldner und Übernehmer geschlossene Grundvertrag davon völlig unberührt. Jede der beiden Parteien hat demnach nach wie vor das Recht, einen erneuten Antrag an den Gläubiger zu stellen. Tut dies beispielsweise der Altschuldner und nimmt der Gläubiger diesmal an, so kommt damit die privative Schuldübernahme zustande.

## § 13.

### Mehrfach hintereinander vorgenommene Schuldübernahmen ohne Mitteilung und Genehmigung.

Eine gewisse Ähnlichkeit hiermit hat auch der äußerst wichtige Fall, daß mehrere Schuldübernahmen hinsichtlich derselben Schuld hintereinander vorgenommen worden sind, ohne daß jeweils Mitteilung und Genehmigung erfolgte. Wollte man hier die Verfügungstheorie folgerichtig vertreten, so müßte man zu dem Ergebnis kommen, daß der letzte Übernehmer niemals in die Schuld eintreten könnte, selbst wenn er ordnungsgemäß die Schuldübernahme dem Gläubiger „mitgeteilt" und dieser sie „genehmigt" hat. Denn § 415 verlangt nach der Verfügungstheorie eine durch Vertrag des Übernehmers mit dem S ch u l d n e r herbeigeführte Schuldübernahme. Tritt also der letzte Übernehmer mit seinem Vorgänger in Verhandlungen ein, ohne daß dieser ordnungsgemäß mitgeteilt und die Genehmigung des Gläubigers erhalten hatte, so kann eine Schuldübernahme nicht zustandekommen, weil der Vorgänger niemals Schuldner geworden war und infolgedessen auch nicht als Vertragspartner eines solchen nach § 415 zu schließenden Vertrages mitwirken kann. Es müßte vielmehr verlangt werden, daß sämtliche Mitteilungen und Genehmigungen in ihrer historischen Reihenfolge nachgeholt würden. Dieser Ausweg, der „zwar dem Buchstaben des Gesetzes angepaßt" ist, „seinem Sinn gegenüber aber als

eine unbefriedigende Lösung erscheinen[127]“ muß, wurde von der Praxis schrittweise überflüssig gemacht, insbesondere weil damit auch eine „Benachteiligung des Gläubigers“ verbunden ist, „dem es nicht gelang, die Zwischenglieder zu ermitteln und sie zur Mitteilung der Schuldübernahme zu veranlassen[127]“. Zunächst hat das Kammergericht[128] die Ansicht ausgesprochen, daß der Käufer eines hypothekenbelasteten Grundstücks die persönliche Schuld wirksam übernehmen kann, bevor die frühere Schuld vom Hypothekengläubiger genehmigt ist. Die Schuldübernahme ist in einem solchen Falle nach der Ansicht des KG. dadurch bedingt, daß der Gläubiger zunächst die Übernahme der Schuld durch den Vormann des Übernehmers genehmigt. Erfolgt dann die Genehmigung, so ist der Vormann infolge ihrer rückwirkenden Kraft schon von dem Augenblick an als Schuldner anzusehen, in welchem er mit seinem eigenen Vormann die Schuldübernahme vereinbart hat. Deswegen kommt es nicht darauf an, in welcher Reihenfolge dem Gläubiger die Mitteilungen zugingen und in welcher Reihenfolge er die Genehmigungen erteilt, sofern nur schließlich die Kette der Mitteilungen und Genehmigungen geschlossen ist. Das RG. gibt dem KG. hinsichtlich dieser Ausführungen recht[129]. Es wurde aber, wie betont werden muß, immerhin noch ausdrücklich verlangt, daß sämtliche Mitteilungen und Genehmigungen vorliegen müssen, und lediglich ausgesprochen, daß ihre Reihenfolge nicht genau eingehalten zu werden brauche. Eine solche Ansicht läßt sich daher, wenn sie auch bereits etwas künstlich zu werden beginnt, immerhin noch mit der Verfügungstheorie in Einklang bringen. Das RG. ging aber kurz darauf einige Schritte weiter. Es erklärte nämlich, wenn eine geschlossene Reihe von aufeinander folgenden Eigentümern vorliege, welche sämtlich die persönliche Schuld übernommen hätten, so sei die gegenüber einem von ihnen erklärte Genehmigung regelmäßig nur dahin zu verstehen, daß damit auch die vorausgehenden Schuldübernahmen genehmigt werden sollten. Allerdings sei die Genehmigung eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Es entspreche aber in diesen Fällen erfahrungsgemäß dem Willen der aus dem Schuldverhältnis ausscheidenden Beteiligten, daß jeder Nachfolger zur Entgegennahme der dem Vorgänger günstigen Genehmigungserklärung auch dann ermächtigt sei, wenn die Voraussetzungen des § 182 BGB. nicht vorlägen. Zu prüfen bleibe lediglich, ob auch die übrigen Voraussetzungen des § 415 gegeben, insbesondere sämtliche Schuldübernahmen dem Gläubiger mitgeteilt seien[130]. Wäh-

[127] RG. 121, S. 315 ff. (317).
[128] Vgl. den Hinweis in RG. 121, S. 118 ff.
[129] Vgl. RG. 121, 118 ff. (119, 120). [130] RG. 121, S. 315 ff. (316).

rend also in der ersterwähnten Entscheidung noch sämtliche Genehmigungen verlangt wurden, läßt diese Entscheidung es mit **einer** genügen, durch welche zugleich die vorhergehenden Schuldübernahmen nachträglich wirksam werden sollen. Dieses Ergebnis wird im Wege einer völlig willkürlichen Auslegung des Willens des Gläubigers erreicht, wie folgendes Beispiel zeigt: Wenn etwa sechs „Schuldübernahmen“ durch aufeinanderfolgende Schuldnerverträge jeweils mit einem Zeitabstand von einem Monat erfolgt sind, und dem Gläubiger nur der sechste Übernehmer als neuer Schuldner genehm ist, so soll die ihm erteilte Genehmigung nach der Ansicht des Reichsgerichts nur dahin verstanden werden können, daß damit auch die vorhergehenden Schuldübernahmen genehmigt werden sollen. Infolgedessen wäre jeder der fünf Vormänner ebenfalls und zwar je für die Dauer eines Monats Schuldner des Gläubigers gewesen. Wenn nun, wie weiter angenommen werden soll, der erste Übernehmer etwa zahlungsunfähig, der zweite inzwischen in Konkurs geraten, der dritte unbekannten Aufenthaltes verzogen ist, usw., so trifft den Gläubiger, welcher die Zinsen für die Zwischenzeit beansprucht, der Nachteil. Der Wille des Gläubigers kann deshalb durchaus ein anderer sein. Im Regelfall wird er sogar m. E. anders sein; denn wäre dem Gläubiger einer der Vormänner als Schuldner genehm gewesen, so hätte er ihn ja auf Antrag durch Erklärung seines Einverständnisses als solchen annehmen können. Noch unbefriedigender erscheint die Methode angesichts der weiteren Entwicklung der diesbezüglichen Rechtsprechung des Reichsgerichts, welche darauf hinzielt, auch nur **eine Mitteilung** genügen zu lassen und so das gewünschte Endergebnis sicherzustellen. Die Ausführungen des Reichsgerichts bewegen sich in folgender Richtung [131]: Eine weitere Erwägung zeige, daß es bei einer geschlossenen Kette von Übernahmen auch der **Mitteilung** nur für den Übergang der Schuld auf denjenigen Schuldner bedürfe, dessen Eintritt in das Schuldverhältnis der Gläubiger mit befreiender Wirkung für die vorhergehenden genehmigen wolle. Jeder der Übernehmer sei seinem Vorgänger gegenüber verpflichtet gewesen, den Gläubiger zu befriedigen. Denn nach § 415, Absatz 3 habe im Zweifel dem ersten Übernehmer der Schuld diese Verpflichtung obgelegen, und es müsse angenommen werden, daß die Nachfolger, wenn sie die Schuld übernehmen zu wollen erklärten, für den Fall der Nichtgenehmigung in die Befreiungsschuld eingetreten seien. Wenn hierdurch auch keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen zwischen den späteren Schuldnern und dem ursprünglichen Schuldner geschaffen worden seien, so sei doch die ursprüng-

[131] RG. 121, S. 316, 317.

liche Schuld der Gegenstand ihrer Verpflichtungen gegenüber ihrem jeweiligen Vertragsgegner gewesen. Diese liefen auf die Befriedigung des Gläubigers hinaus. Dann müsse es aber, da schutzbedürftige Interessen des Gläubigers nicht entgegenstünden, lediglich als eine Entwicklung des dem § 415 zugrundeliegenden Gedankens erscheinen, wenn zur Begründung einer rechtswirksamen Schuldübernahme die Mitteilung und Genehmigung des letzten der in der geschlossenen Reihe liegenden Anträge als ausreichend anerkannt werde. — Das Ergebnis ist durchaus zu billigen, nicht aber der Weg, auf dem es gewonnen wird. Man stellt Fiktion über Fiktion auf, anstatt die hier offensichtlich versagende Verfügungstheorie fallen zu lassen und auszusprechen, daß in den Vereinbarungen der einzelnen Übernehmer untereinander noch nicht die befreiende Schuldübernahme selbst liegt, sondern lediglich die Absicht, eine solche mit Einverständnis des Gläubigers herbeizuführen. Nach richtiger Auffassung fordert jeder einzelne der Übernehmer seinen Nachfolger auf, die Schuld zu übernehmen. Dieser erklärt sich unter der Voraussetzung des Einverständnisses des Gläubigers dazu bereit und verpflichtet sich und ermächtigt seinen Vormann, einen entsprechenden Antrag an den Gläubiger zu stellen. Derjenige von den Übernehmern, welcher diesen Antrag an den Gläubiger ergehen läßt und seine „Genehmigung" erhält, ist allein Schuldner geworden. Seine Vormänner, von deren Vorhandensein der Gläubiger im Regelfall überhaupt keine Kenntnis haben wird, da es einer Mitteilung ihrerseits auch nach der Ansicht des Reichsgerichts nicht bedarf, haben die Schuldnereigenschaft auch nicht vorübergehend erworben. — Solange nicht einer der Übernehmer den Übernahmeantrag an den Gläubiger ergehen läßt und dieser ihn annimmt, bleibt der ursprüngliche Schuldner selbst Schuldner. Nur auf diese Weise ist ohne jede Fiktion zu erklären, daß es bei einer geschlossenen Kette von Übernahmen nur der „Mitteilung" und „Genehmigung" für denjenigen Übernehmer bedarf, welchen der Gläubiger als Schuldner anzunehmen gedenkt. Man könnte vielleicht einwenden, darin liege eine Unbilligkeit gegenüber dem Urschuldner, der sich längst befreit glaube, nunmehr aber noch wegen der Zinsen eines späteren Zeitraumes in Anspruch genommen werde. Das ist jedoch nicht der Fall. Denn als der Urschuldner mit dem ersten Übernehmer die „Schuldübernahme vereinbarte", wußte er, daß zur Befreiung das Einverständnis des Gläubigers erforderlich ist. Er hatte die Möglichkeit, sich über dessen Willen Kenntnis zu verschaffen. Versäumte er dies, so mußte er damit rechnen, nach wie vor Schuldner zu bleiben.

## § 14.
## Die Einwendungen aus dem Grundvertrag.

Äußerst wichtig ist weiterhin die je vom Standpunkt der Angebots- und der Verfügungstheorie verschieden zu beantwortende Frage, welche Einwendungen der Übernehmer dem Gläubiger nach erfolgter Schuldübernahme entgegensetzen kann[132]. Zwar sollte man annehmen, daß diese Frage durch die Regelung des § 417 hinreichend geklärt sei. Bezüglich der Einwendungen aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ist dies auch geschehen, indem das Gesetz in Absatz 1, um alle Zweifel zu beseitigen, solche ausdrücklich für zulässig erklärt hat, obwohl eine solche Bestimmung eigentlich überflüssig gewesen wäre, weil es sich bei der Schuldübernahme um eine Nachfolge in die Schuld und nicht um Novation handelt. Anders ist die Sachlage hinsichtlich der Einwendungen, welche sich „aus dem der Schuldübernahme zugrundeliegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner" (§ 417, Absatz 2) ergeben. Für die Angebotstheorie entstehen allerdings auch hier keinerlei Schwierigkeiten. Nach ihr ergibt sich aus § 417, Absatz 2 mit aller Deutlichkeit, daß solche Einwendungen, wie es auch Sinn und Zweck der Schuldübernahme erfordern, nicht zulässig sind. Vom Standpunkt der Verfügungstheorie aus dagegen ist diese Regelung nicht eindeutig. Wir sahen bereits, daß § 417, Absatz 2, der Schuldübernahme einerseits das Rechtsverhältnis zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner andererseits als der ersteren zugrundeliegend gegenübergestellt. Es erhebt sich daher für die Anhänger der Verfügungstheorie die Frage, wie es sich mit diesen Einwendungen für die zweite Art der Schuldübernahme verhält, bei welcher das zwischen Altschuldner und Übernehmer bestehende Rechtsverhältnis bereits selbst die Schuldübernahme darstellt. Es soll nun nicht in den verschiedentlich begangenen Fehler verfallen werden zu unterstellen, die Verfügungstheorie vertrete den Standpunkt, daß die gesamte Vereinbarung zwischen Altschuldner und Übernehmer im Falle des § 415 der Schulübernahme gleichzusetzen, in diesem Falle mithin überhaupt kein Grundvertrag vorhanden sei. Die Verfügungstheorie unterscheidet vielmehr sehr wohl auch in § 415 einen obligatorischen Grundvertrag und die mit ihm zeitlich zusammenfallende Übernahme der Schuld. Sie faßt auch keineswegs diesen letzteren „dinglichen" Vertrag als m a t e r i e l l e n Bestandteil des Grundver-

[132] Vgl. hierzu Boehmer „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme, S. 100—105, 114—119 u. 9—11.

trages auf. Wollte sie eine solche Behauptung aufstellen, dann wären allerdings die Folgerungen derart unliebsam, daß die Verfügungstheorie wohl kaum zur herrschenden Meinung geworden wäre. Denn dann könnte der Übernehmer dem Gläubiger alle Einwendungen, welche sich aus dem reinen Innenverhältnis zwischen ihm und dem Altschuldner ergeben — etwa die der Wandelung oder Minderung — entgegenhalten und § 417, Absatz 2 wäre für diese Art der Schuldübernahme praktisch ausgeschaltet. Daß sich in der Praxis auch nur ein einziger Gläubiger fände, welcher sich auf ein derart nachteiliges Unternehmen einließe, darf wohl als ausgeschlossen gelten. Zuweilen wird allerdings selbst diese Ansicht der materiellen Bestandteilseigenschaft der Schuldübernahme vertreten [133]. Die richtig verstandene Verfügungstheorie, wie sie von der Mehrzahl ihrer Anhänger aufgefaßt wird, vertritt dagegen die Ansicht, daß der dingliche Schuldübernahmevertrag, etwa wie die Übergabe beim Handkauf, lediglich formeller Bestandteil des mit ihm nur äußerlich zusammenfallenden Grundvertrages sei [134]. Selbst die aus dieser Auffassung zu ziehenden Schlußfolgerungen sind jedoch immer noch derart unpraktisch, daß auch aus diesem Grunde die Verfügungstheorie als völlig verfehlt bezeichnet werden muß. Wenn auch der Gläubiger auf diese Weise gegen das Vorbringen materieller Einwendungen aus dem Inhalt des Grundgeschäftes geschützt ist, verbleiben dem Übernehmer immerhin noch zahlreiche Einwendungen formeller Art, welche er infolge der äußerlichen Verbundenheit der Schuldübernahme mit dem Grundvertrag dem Gläubiger gegenüber vorbringen kann, sodaß die Schuldübernahme damit praktisch unbrauchbar wird. Beispielsweise besteht die Möglichkeit, daß Nichtigkeit des gesamten Rechtsaktes etwa wegen Simulation oder Nichternstlichkeit geltend gemacht wird [135] oder seitens eines Vertragsteiles Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder Drohung erfolgt. Es braucht hierzu nur verwiesen zu werden auf das unbefriedigende Ergebnis der Reichsgerichtsentscheidung Bd. 58, S. 384 ff., welche Boehmer [136] zum Ausgangspunkt seiner Abhandlung über die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme gemacht hat. In dem dieser Entscheidung zugrundeliegenden Falle hatte, wie üblich, im Rahmen eines Kaufvertrages der Käufer eine Verbindlichkeit des Verkäufers in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen und diese Übernahme dem Gläubiger „mitgeteilt“, der sie dann „genehmigte“. Als der

[133] Z. B. Matthiaß, S. 256.
[134] Vgl. z. B. Oertmann, § 417, Bem. 3a.
[135] Vgl. z. B. RG. 58, S. 384 ff. (386).
[136] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, S. 9—11.

Gläubiger jedoch später gegen den Übernehmer Klage auf Erfüllung erhob, wandte dieser ein, der Kaufvertrag zwischen ihm und dem Altschuldner sei simuliert gewesen. Das Reichsgericht wies infolgedessen die Klage ab, da ja — nach der von ihm zugrundegelegten Verfügungstheorie — die Schuldübernahme als Bestandteil des simulierten Kaufvertrags dessen Nichtigkeit teilen mußte und auch durch die nachfolgende Genehmigung des Gläubigers nicht wirksam gemacht werden konnte. Der Gläubiger, welcher auf die Gültigkeit der „Mitteilung“ und damit nach erteilter „Genehmigung“ auf die Wirksamkeit der Schuldübernahme vertraute, insbesondere den Mangel des Grundgeschäftes weder erkannte noch erkennen konnte, wird also, wie Boehmer [137] hervorhebt, durch unredliches Verhalten der Kaufvertragsparteien auf das schwerste geschädigt. Nachdem er sich jahrelang auf den Übernehmer als zahlungsfähigen Schuldner verlassen hat, sieht er sich nunmehr wieder auf seinen früheren Schuldner angewiesen, von dem er ohne die für wirksam gehaltene Schuldübernahme wahrscheinlich längst Befriedigung verlangt hätte, gegen den aber nunmehr möglicherweise die Geltendmachung der Forderung illusorisch geworden ist. Ähnliche Fälle mit dem gleichen unerfreulichen, vom Standpunkt der Verfügungstheorie aus aber folgerichtigen und unvermeidbaren Ergebnis sind leicht denkbar. Schon Gürgens [138] weist daher mit aller Deutlichkeit — aber ohne Abhilfe leisten zu können — auf die schädlichen Folgen der Verbundenheit der dinglichen Verfügung mit dem obligatorischen Grundgeschäft hin, welche der Schuldübernahme einen Teil der für ihre praktische Anwendbarkeit unerläßlichen Abstraktheit nimmt.

## § 15.

### Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

Eine gesonderte Behandlung erfordert die „Einrede des nicht erfüllten Vertrages [139]“. Wenn die Schuldübernahme, wie fast stets, Bestandteil eines zwischen Altschuldner und Übernehmer abgeschlossenen gegenseitigen Vertrages ist, fragt es sich, ob der Übernehmer, falls der Gläubiger ihn in Anspruch nimmt, bevor er selbst die Gegenleistung von dem Altschuldner erhalten hat, dem Gläubiger gegenüber die Einrede des nicht erfüllten Vertrages geltend machen

[137] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, S. 9, 10 u. 116.

[138] Seite 282.

[139] Vgl. hierzu Boehmer „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, S. 129 ff. u. 143 ff.

kann. Gemäß § 417 ist er — und zwar sowohl nach der Angebotstheorie als auch nach der Verfügungstheorie — dazu nicht berechtigt, weil diese Einrede zu den materiellen Einwendungen aus dem Grundgeschäft gehört. Die Anhänger beider Theorien haben angesichts dieses offensichtlich unbilligen Ergebnisses versucht, die Interessen des Übernehmers auf einem anderen Wege zu wahren, damit er nicht schutzlos dem Zugriffe des Gläubigers ausgesetzt ist. Der Verfügungstheorie bereitete dies erhebliche Schwierigkeiten. Denn der Altschuldner hat es nun einmal in der Hand, mittels der ihm vom Gesetz gewährten Möglichkeit die „Mitteilung“ an den Gläubiger ergehen zu lassen und seine endgültige Befreiung zu erreichen, bevor er seinerseits an den Übernehmer geleistet hat. Die Verfügungstheorie kann daher von ihrem Standpunkt aus dem Übernehmer lediglich den Rat geben, mit dem Altschuldner zu vereinbaren, daß dieser erst nach Bewirkung der Gegenleistung befugt sein solle, die Mitteilung an den Gläubiger zu machen und diese Beschränkung dem Gläubiger anzuzeigen. Dieser Ausweg bewährt sich jedoch in der Praxis nicht. Denn, wie die Erfahrung zeigt, denkt der Laie niemals daran, sich durch solche Maßregeln vor vorzeitiger Inanspruchnahme durch den Gläubiger zu schützen. Er hält es vielmehr ohnehin für selbstverständlich, daß er dem Gläubiger gegenüber erst zu dem Zeitpunkt für die Schuld werde eintreten müssen, in welchem er die Gegenleistung erhält. Dieser erfahrungsgemäß vorhandenen Parteivorstellung gilt es daher auch bei der juristischen Konstruktion gerecht zu werden. Die Angebotstheorie hat m. E. die Möglichkeit dazu, da sie davon ausgeht, daß in dem Grundvertrag eine dem Altschuldner von dem Übernehmer stillschweigend erteilte Bevollmächtigung zur Stellung des Antrages zu erblicken ist. Wenn der Übernehmer als selbstverständlich voraussetzt, daß der Altschuldner diesen Antrag nicht stellt, bevor er zugleich zur Gegenleistung bereit ist, so ist seine Bevollmächtigung in diesem Sinne eingeschränkt. Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben muß man, wenn Gegenteiliges nicht ausdrücklich hervorgehoben ist, in seiner Willenserklärung die Einschränkung sehen, daß er nur übernehmen will, sofern er die Gegenleistung erhält. Für Annahme einer dahingehenden stillschweigenden Bedingung bei einem „onerosen“ Titel tritt schon Gürgens [140] ein. (Die tatsächliche Bewirkung der Gegenleistung ist stillschweigende Bedingung der Übernahme). Auch der Altschuldner wird nicht annehmen können, daß der Übernehmer ihm eine schrankenlose Vollmacht erteilt, mittels deren er die Möglichkeit hätte, die Befreiung vorzeitig herbeizuführen. Lediglich ein unfairer Partner, welcher von

[140] Iherings J. 8, S. 286.

vornherein darauf abzielt, aus dem Vertrag einseitig Vorteile für sich zu gewinnen, könnte von dem Übernehmer mehr erwarten. Es erscheint mir daher ein Leichtes, auf Grund der Auslegungsregeln der §§ 133 und 157 BGB. in der bezeichneten Weise die Unbilligkeit, daß der Übernehmer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages verliert, zu vermeiden. Unnötig ist der etwas kompliziertere Weg, welchen v. Blume [141] geht, wenn er erst anläßlich der Leistung seitens des Altschuldners eine unwiderrufliche Vollmacht des Übernehmers an den Altschuldner zur Stellung des Antrages als erteilt ansehen will.

## § 16.
## Rückwirkung.

Die Frage, wie diejenigen Einwendungen zu behandeln sind, welche in der Zeit zwischen dem Abschluß des Schuldnervertrages und der Erteilung der „Genehmigung" durch den Gläubiger entstehen, kann erst beantwortet werden, nachdem zuvor eine andere Frage, nämlich die der Rückwirkung der „Genehmigung [142]" geklärt ist. Nach der Angebotstheorie ergeben sich für die letztere Frage wiederum keinerlei Zweifel. Da die sogenannte Genehmigung nach ihr in Wirklichkeit die Annahme eines Antrages darstellt, tritt die Wirksamkeit der Schuldübernahme selbstverständlich erst mit der Erklärung dieses Einverständnisses des Gläubigers ein, es sei denn, daß die Parteien ausdrücklich die Rückwirkung vereinbart haben. Die Verfügungstheorie vertritt dagegen — von ihrem Standpunkt aus wohl mit Recht — die Ansicht, daß die Genehmigung des Gläubigers die Schuldübernahme rückwirkend von dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen Altschuldner und Übernehmer wirksam mache. Allerdings wird auch verschiedentlich der gegenteilige Standpunkt vertreten[142]. — Vielfach wird die Rückwirkung als Vorzug der Verfügungstheorie hingestellt und der Angebotstheorie vorgeworfen, sie könne nicht erklären, warum die Schuldübernahme dem Willen der Parteien entsprechend bereits von diesem früheren Zeitpunkt an wirksam sei. M. E. geschieht dies zu Unrecht, weil die Verfügungstheorie auch in diesem Zusammenhange den Willen der Parteien erheblich verkennt. Wie bereits ausgeführt wurde, sind sich Altschuldner und Übernehmer durchaus bewußt, daß eine befreiende Schuldübernahme nur zu-

[141] Iherings J., Bd. 39, S. 413, 414.
[142] Vgl. hierzu auch Boehmer „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme", S. 151/2.
[143] Zum Beispiel von Kreß (S. 522), Siber (§ 415. Bem. 2), Gerber, S. 13.

standekommt, wenn sie den Gläubiger zur Erklärung seines Einverständnisses bewegen können. Sie wissen also, daß bis dahin eine Verwirklichung ihrer Absicht noch durchaus unsicher ist. Denn die tatsächliche Befreiung und damit der endgültige Eintritt des Übernehmers in die Schuld kann erst erfolgen, wenn der Gläubiger sich bereit erklärt hat, ihn als Schuldner an Stelle des Urschuldners anzunehmen. Die Auslegung des vernünftigen Parteiwillens kann infolgedessen nichts anderes ergeben, als daß sie die Wirkung der Schuldübernahme dem Gläubiger gegenüber auch erst von diesem Zeitpunkt seines Zugeständnisses an eintreten lassen wollen. Es ist nicht vorstellbar, daß die Parteien im Regelfall die Rückwirkung wünschen. Hinsichtlich der abgeschlossenen Erfüllungsübernahme, welche ausschließlich die Beziehungen zwischen Altschuldner und Übernehmer regelt, ist die Sachlage selbstverständlich anders. Insoweit besteht von Anfang an keinerlei Ungewißheit über die endgültige Regelung. Denn der Übernehmer soll, auch wenn der Gläubiger seine Zustimmung versagt, eine juristische Befreiung des Altschuldners infolgedessen nicht möglich ist, auf jeden Fall wirtschaftlich die Verpflichtung zu tragen haben. Aus welchen Gründen die Parteien die Wirksamkeit der befreienden Schuldübernahme in den Zeitpunkt des Abschlusses ihrer internen „Vereinbarung" zurückverlegen sollten, ist jedoch nicht ersichtlich. Sie könnten damit nur zur Verwirrung der Gesamtlage beitragen. Falls in einem Ausnahmefalle nach dem Willen der Parteien dennoch eine Rückwirkung eintreten soll, muß dies in ihrem Antrag an den Gläubiger zum Ausdruck gebracht werden; dessen werden sich die Parteien auch bewußt sein, weil sie sich sagen müssen, daß es dem Gläubiger nicht gleichgültig sein kann, von welchem Zeitpunkt ab er einen neuen Schuldner besitzt. Bezeichnen sie ihm diesen Zeitpunkt nicht näher, so muß er annehmen, daß die Schuldübernahme ihre Wirksamkeit zu der Zeit erhalten soll, in der er seine Zustimmung erteilt. Es ist daher m. E. verfehlt, wenn die Verfüungstheorie auch ohne eine solche ausdrückliche Erklärung die Rückwirkung für gewollt hält. Unberechtigt ist deshalb auch der Vorwurf, die Angebotstheorie könne die Rückwirkung der Schuldübernahme nicht erklären. Denn einmal ist aus dem Gesetz keineswegs zu entnehmen, daß eine solche eintritt, sie bedarf mithin auch keiner Erklärung. Und zweitens wäre die Rückwirkung, falls sie gesetzlich vorgesehen wäre, kein Vorzug, sondern ein Nachteil.

Eine unliebsame Folgerung ergibt sich für die herrschende Meinung aus dieser angeblichen Rückwirkung beispielsweise hinsichtlich der in der Zwischenzeit zwischen dem Abschluß des Schuldnervertrages einerseits und der erfolgten Mitteilung und Ge-

nehmigung andererseits in der Person des Altschuldners noch entstehenden Einwendungen. Daß das Entstehen solcher Einwendungen möglich ist, geht daraus hervor, daß der Gläubiger vorher von der Vereinbarung der Parteien keine Kenntnis hat oder aber, falls er davon weiß, jedenfalls für ihn bis zur erteilten Genehmigung als Schuldner lediglich der Altschuldner in Frage kommt und er etwaige Verhandlungen hinsichtlich der Forderung deshalb nur mit ihm führen wird. Wenn der Altschuldner in der Zwischenzeit etwa die Zusage einer Stundung seitens des Gläubigers erreicht hat, so müßte die Wirksamkeit dieser Stundung nach der Verfügungstheorie mit der Erteilung der Genehmigung entfallen, da die Schuldnereigenschaft des Altschuldners hierdurch rückwirkend aufgehoben wird, die Vereinbarung einer wirksamen Stundung durch ihn also überhaupt nicht erfolgen konnte. Der Vorteil läge demnach einseitig auf seiten des Gläubigers, welcher in der Lage wäre, seine Forderung von dem Übernehmer ohne Rücksicht auf die dem Altschuldner bewilligte Stundung einzutreiben.

## § 17.

## Die dem Abschluß des Schuldnervertrages vorausgehende „Genehmigung".

Schließlich bleibt noch die Frage zu prüfen, ob eine Schuldübernahme nach § 415 als gültig anzusehen ist, wenn die „Genehmigung" nicht, wie es dem Regelfall entspricht, dem Abschluß des Vertrages zwischen Altschuldner und Übernehmer nachfolgt, sondern ihm aus irgendwelchen Gründen vorausgeht[144]. Nach der Angebotstheorie ist diese Frage unbedingt zu bejahen, da es nach ihr lediglich darauf ankommt, daß eine Übereinkunft zwischen Gläubiger und Übernehmer erzielt wird. Inkonsequenterweise vertreten jedoch auch die Anhänger der Verfügungstheorie die Auffassung, daß die vorherige Genehmigung für das Zustandekommen einer gültigen Schuldübernahme nach § 415 ausreiche. Obwohl eine „vorherige Genehmigung" einen Widerspruch in sich selbst darstellt, kommt es im Endergebnis also auch für sie lediglich darauf an, daß zwischen Gläubiger und Übernehmer eine Einigung erzielt wird. Es bestätigt sich auch hier wieder, daß die Verfügungstheorie meist von ihren eigenen Anhängern verleugnet wird, wenn praktische Folgerungen aus der Theorie zu ziehen sind. Das soll — und zwar nicht zuletzt — für uns ein Grund mehr sein, an der Angebotstheorie als der allein richtigen festzuhalten.

[144] Vgl. Boehmer, „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme", S. 140, 141.

# Die übrigen Theorien.

Nachdem sich bei einer Gegenüberstellung der beiden Haupttheorien über die Schuldübernahme nach § 415 BGB. die Überlegenheit der Angebotstheorie ergeben hat, soll nun zum Schluß noch in aller Kürze eine Auseinandersetzung mit den übrigen Theorien erfolgen, welche ebenfalls Geltung für die Regelung des § 415 beansprucht haben.

## I. Sohms Novationstheorie.

Die Novationstheorie Sohms zu widerlegen, ergab sich bereits im Vorstehenden Gelegenheit, so daß dem an dieser Stelle nichts mehr hinzuzufügen ist.

## II. Strohals Vertretungstheorie.

Strohals Vertretungstheorie [145] geht aus von dem Begriffe der Haftung, die nach seiner Ansicht einen wichtigen Bestandteil des Forderungsrechtes bildet und ihm erst das eigentliche Gepräge gibt. Ändert sich diese Haftung, so ändert sich damit nach Strohal auch die Forderung. Wenn mit anderen Worten an die Stelle des Urschuldners ein neuer Schuldner tritt, infolgedessen also nunmehr ein anderes Vermögen dem Zugriffe des Gläubigers unterliegt, so ändert sich dadurch die Forderung selbst. Eine Schuldnachfolge ist deshalb nach Strohal undenkbar. Vielmehr erhält nach seiner Ansicht der Gläubiger durch den Schuldnerwechsel stets eine neue Forderung, und zwar im Falle des § 415 in der Weise, daß der Altschuldner als Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen des Gläubigers einen entsprechenden Verpflichtungsvertrag mit dem Übernehmer abschließt. Abgesehen von den Schwierigkeiten, welche sich für Strohal ergeben, diese Auffassung mit dem Willen der Parteien und den gesetzlichen Bestimmungen in Einklang zu bringen, muß seine Theorie daran scheitern, daß ihre Grundvoraussetzung unrichtig ist. Denn die Haftung, unter der Strohal die

[145] Iherings J., Bd. 33, S. 261 ff., Bd. 57, S. 231 ff., ferner „Schuldpflicht und Haftung", a. a. O.

Anwartschaft des Gläubigers auf Erfüllung der Forderung aus dem Vermögen des Schuldners versteht, ist, wie bereits oben näher ausgeführt wurde, zwar regelmäßig Folge des Forderungsrechtes, aber nicht dessen Bestandteil. Die Haftung kann sich daher beliebig ändern, ohne daß damit zugleich eine Veränderung der Forderung eintritt. Selbst wenn man aber die Haftung als zum Inhalt des Forderungsrechts gehörig ansieht, ist dadurch die Annahme einer Schuldnachfolge, und zwar auch im Sinne der Angebotstheorie, keineswegs ausgeschlossen, wie sich aus den ebenfalls bereits oben[146] gebrachten Darlegungen über die Stellungnahme Boehmers ergibt.

## III. Leonhards Doppelgeschäftstheorie.

Ebenfalls einen Verpflichtungsvertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer nimmt Leonhard[147] an. Seine Doppelgeschäftstheorie geht von der richtigen Erkenntnis aus, daß es bei der Schuldübernahme nach § 415 zwei Momente zu erklären gilt, nämlich in erster Linie die Verpflichtung des Übernehmers dem Gläubiger gegenüber und ferner das Freiwerden des Altschuldners. Leonhard nimmt das Vorliegen zweier Geschäfte an, und zwar 1. eines obligatorischen Verpflichtungsvertrages und 2. eines die Schuldänderung bewirkenden Verfügungsgeschäftes. Beide Geschäfte sollen durch Vertrag zwischen Altschuldner und Übernehmer zustandekommen. Da ein Vertretungsverhältnis, wie es Strohal voraussetzt, abgelehnt wird, kann nach Leonhard die Wirkung, daß der Gläubiger aus der Verpflichtung des Übernehmers berechtigt sein solle, nur durch einen Vertrag zu Gunsten Dritter erklärt werden. Die Konstruktion der Schuldübernahme als Vertrag zu Gunsten Dritter ist jedoch bereits von Boehmer[148] eingehend und in überzeugender Weise widerlegt worden. Auf seine Darlegungen kann hier verwiesen werden. — Im übrigen ist auch die Angebotstheorie, wie dargelegt wurde, in der Lage, die beiden Hauptmerkmale der Schuldübernahme erheblich einfacher durch einen Verpflichtungsvertrag zwischen Übernehmer und Gläubiger zu erklären. Die Doppelgeschäftstheorie will in erster Linie die Unbilligkeit vermeiden, daß dem Übernehmer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages, welche ihm dem Urschuldner gegenüber zusteht, dem Gläubiger gegenüber versagt ist. Es soll daher die Verpflich-

[146] Seite 69a ff.

[147] a. a. O., S. 690 ff.

[148] „Die Konstruktion der befreienden Schuldübernahme“, S. 42—57.

tung des Übernehmers von der in dem obligatorischen Übernahmevertrag begründeten Gegenverpflichtung des Altschuldners abhängig sein, die in dem Verfügungsgeschäft enthaltene Schuldänderung aber unberührt bleiben. Dieses ließe sich durch Annahme eines Vertrags zu Gunsten Dritter insofern sehr leicht erreichen, als der Gläubiger in diesem Falle nicht anders berechtigt sein könnte, als die beiden Vertragspartner es als gewollt erklärt haben; deren Wille geht nämlich nach Leonhard dahin, daß ihre beiderseitigen Verpflichtungen voneinander abhängig sein sollen. Dieser Konstruktion stehen aber — abgesehen von ihrer durch die verfehlte Annahme eines Vertrags zu Gunsten Dritter bedingten Unhaltbarkeit — weitere schwerwiegende Bedenken entgegen. Denn während nach ihr die Verpflichtung des Übernehmers zur Übernahme der Schuld nur bedingt durch die Bewirkung der Gegenleistung seitens des Urschuldners eintritt, erfolgt dessen Befreiung dem Gläubiger gegenüber ohne jede Einschränkung, da das Verfügungsgeschäft unbedingt ist. Diese Zweiteilung ist für den Gläubiger insofern untragbar, als ihm während der Zeitspanne, in welcher der Urschuldner noch nicht an den Übernehmer geleistet hat, die Möglichkeit fehlt, sich — etwa wegen der Zinsen — an einen bestimmten Schuldner zu halten, weil der Altschuldner bereits frei geworden, der Übernehmer jedoch noch nicht verpflichtet ist. Noch ungünstiger wird das Ergebnis für den Fall, daß der Urschuldner seine Gegenleistung überhaupt nicht bewirkt, der Übernehmer also auch nicht verpflichtet wird. Die Angebotstheorie löst auch diese Frage der Einrede des nicht erfüllten Vertrages erheblich besser.

# Lebenslauf.

Am 17. März 1911 bin ich in Limburg an der Lahn als Sohn des Vermessungssekretärs Max Kornder und seiner Ehefrau Luise geb. Schüler geboren. Mein Vater fiel im Frühjahr 1918 im Weltkrieg.

Nach dreijährigem Besuch einer Vorschule war ich seit 1920 Schüler des humanistischen Gymnasiums in Limburg und legte dort im März 1929 die Reifeprüfung ab. Anschließend studierte ich an den Universitäten Heidelberg, Wien und Marburg Rechtswissenschaft und bestand im August 1933 vor dem Oberlandesgericht in Kassel das erste juristische Staatsexamen. In der Folgezeit war ich bei den Amtsgerichten Diez und Limburg sowie dem Landgericht, der Staatsanwaltschaft und der Kreisverwaltung in Limburg im Vorbereitungsdienst beschäftigt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 17. Juni 1936.

Die Anregung zur vorliegenden Arbeit verdanke ich Herrn Professor Dr. Jung.